

أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية

د. محمد جمال الدين إمام

كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية

١٩٩٥



أحكام الطلاق في الشرع الإسلامي

موجز محاضرات السنة الثانية

د. محمد جمال الدين إمام

بسم الله الرحمن الرحيم

الزواج في الإسلام عقد دائم ، ولكنه ليس أبدياً ، هو عقد ينبغي أن يستمر بحياة ، ولكنه يمكن أن ينحل أو ينتهي ، وعقد الزواج ينتهي بأحد طريقين ، الأول حتم لا سبيل إلى تفاديه وهو وفاة أحد الزوجين ، والثاني يكره ولا يجب ولكنه إحسبى حقائق الحياة ، ولهذا كان الطلاق أبغض الحلال عند الله ، ووضع الإسلام مجموعة من الضوابط عند إنشاء عقد الزواج تكفل استمراره وتحول دون انحلاله ، ولكن الإسلام دين يتعامل مع الواقع ، وقد يكون الانفصال هو القرار الوحيد أمام الزوجين ، فلا بد من احترام الواقع الانساني ، فجاء بطريق وسط يعالج أحوال الفطرة ، ويتفاعل مع ظروف كل أسرة .

كانت اليهودية تبيع الطلاق ، وينتهي العقد بطلقة واحدة ، ينفصل الزوجان بعدها إلى الأبد ، ولا يحل لهما استئناف الحياة الزوجية ، فالطلاق مانع من تلاقى الزوجين مرة أخرى إلى الأبد . وقضت المسيحية إلا في قليل من الطوائف ، أن الطلاق منوع ، وأن الانفصال لا يحل لأحد الزوجين الفكاك من أسر الزوجية ، حتى لا يطرد من ملكوته في الأرض ، فالطلاق في المسيحية إلا في أحوال ضيقة نادرة - غير معترف به - وإذا أعلن الزوجان فهما في أسر إلى الأبد .

جاء الإسلام بطريق وسط فالطلاق في أصله محظور فإذا أصبح الحل الوحيد للخروج من شقاق لا يحتمل فهو مكروه ، ووضع الإسلام

مجموعة من الاجراءات تسبقه قبل إيقاعه ، ولم يجعله طلاقاً واحدة ، بل فتح الطريق أمام الطرفين لمراجعة النفس وإصلاح الخطأ ، فجاءت الآيات القرآنية تقضى بأن الطلاق موانع ، فإسالك بمعروف أو - تسريح بإحسان ، وحتى في الطلاق الثالثة فإن استئناف الحياة الزوجية مرة أخرى ممكن ، بعد أن تتزوج المرأة زوجها أخيراً بفارقها بطلاق أو وفاة ،

وقد جعل الاسلام الطلاق بيد الرجل ، ولكنه لم يتركه حراً في إيقاعه يستبد به وحده ، ولا تجد الزوجة سبيلاً للتحرر من زواج فاشل أو زوج سيء ، فوسطية الاسلام تأبى ذلك ، فالأصل في الطلاق أنه بيد الزوج ، ولكن للزوجة أن تفتدى نفسها في فرقة تسمى خلعا ، ولها أن تلجأ إلى القضاء ليقضى بالتطليق عند ثبوت الاضرار أو الاعسار أو الغيبة إلى غيرها من انواع الفرقة التي تعيد التوازن بين طرفي عقد الزواج ، حتى لا يستبد الزوج بصير الاسرة وحتى لا تتهم المرأة فتفارقه وهذه الدراسة الموجزة تعالج احكام الفرقة في الاسلام فقها وتشريعاً وقضائياً في إطار فكرة الواجب التي تمنع وتبيح وليس في إطار فكرة حقوق الانسان التي عيشت بمفاهيم غريبة تجعل قراءة الفقه الاسلامي في ضوءها مغلوطة أو في القليل ناقصة وسوف تنقسم دراستنا على النحو التالي :-

الفصل الاول :

الاحكام العائقة الفرقية

الفصل الثاني :

الفرقة الارادية

الفصل الثالث :

الفرقة الارادية

الفصل الرابع :

آثار الفرقية

العدة - النفقة - الحضانة -

الفصل الاول المبادئ العامة في الفرقة

الفرقة سواء تمت بإرادة الطرفين أو بحكم الشارع أو القاضى
نقد وضع لها الاسلام مجموعة من القواعد العامة الضابطة سواء من ناحية
مشروعيتها أو صفتها الشرعية ، أو معايير التمييز بين أنواعها المختلفة
بل وما يمكن ان يكون خصائص عامة للطلاق في الإسلام ، وسوف
نخصص هذا الفصل لعرض هذه المبادئ العامة .

البحث الاول : خصائص الطلاق
البحث الثانى : أدلة مشروعيتها
البحث الثالث : مصطلحات الفرقة

البحث الاول خصائص الطلاق

الطلاق هو الطريق الطبيعى للفرقة بين الزوجين وهو
طريق لا يسلكه - أو هذا ما ينبغي - إلا لضرورة تبيح المحظور
وتبرر المكروه . وسوف نعرض في هذا البحث لخصائص الطلاق
الإسلامى .

المطلب الأول : الأصل في الطلاق الحظر .
المطلب الثانى : الأصل في الطلاق أنه بيد الزوج .
المطلب الثالث : الأصل في الطلاق التتابع والتعدد .

المطلب الأول الأصل في الطلاق المخطئ

اختلف الفقهاء في الحكم الأصلي للطلاق ، فقال بعضهم بالإباحة وقال بعضهم بالحظر ، والخلاف هنا متعلق بحكم أصل الطلاق - قبل أن تعتريه الأحكام الخمسة - لأن الطلاق من حيث هو طلاق جائز يرد عليه الوجوب والندب ، والحرمة والكراهة ، وهنا ينبغى التفرقة بين إيقاع الطلاق ووقوعه .

أما إيقاع الطلاق فهو فعل الزوج وهو الذي تعتريه الأحكام التكليفية ويوصف بالجل أو الحظر .
أما وقوع الطلاق ، فهو حكم الشرع ، وهو يترتب بعد الإيقاع مباشرة ، ويظهر أثر هذه التفرقة حينما يكون إيقاع الطلاق مخظورا يؤخذ الزوج عليه قضاء وديانة ومع ذلك يتم وقوع الطلاق ويترتب عليه حكمه من جهة الشرع .

* أولاً : الاتجاه الذي يقول بالإباحة :

يرى جمهور الفقهاء أن الأصل في الطلاق الإباحة ، وقد يخرج عنها في أحوال يقول " القرطبي " في تفسيره " دل الكتاب والسنة وإجماع الأمة على أن الطلاق مباح غير محظور " .
ويقول " ابن المنذر " المنع منه خير يثبت " ويقول
" السرخسي " في كتابه " المبسوط " وإيقاع الطلاق مباح وإن كان
منغضا في الأصل .

١ - أدلة هذا الاتجاه : يستند جمهور الفقهاء إلى أدلة الكتاب والسنة والأثر والقياس تتضافر كلها - عند هم - على القول بأن الحكم الأصلي للطلاق الإباحة .

١ - الأدلة من القرآن الكريم . يرى هذا الاتجاه أن آيات القرآن الكريم التي تناولت الطلاق جاءت مطلقة ليس فيها منع أو تحريم من ذلك قول الله تعالى " لا جناح عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة " وقوله تعالى " فطلقوهن لعدتهن " فالآيات هنا تفيد إباحة الطلاق ولا جناح على الزوج في إبقائه كما جاء في النص القرآني .

ب - الأدلة من السنة : يستدلون أيضا بما في السنة العملية لرسول الله صلى الله عليه وسلم أنه طلق زوجته خفصة حتى نزل الوحي يقول له راجعها فإنها صوامة قوامه - والنبي صلى الله عليه وسلم لا يفعل المحظور . كما طلق صحابة الرسول صلى الله عليه وسلم زوجاتهم دون بيان لسبب الطلاق ، فلم ينكر الرسول عليهم ذلك ، فدل ذلك على أنه مباح ، فقد طلق عمر رضي الله عنه أم عاصم ، وطلق عبد الرحمن بن عوف تماضر .

ثانياً : الاتجاه الذي يقول بالحظر :

يرى عدد من الفقهاء " ينتمون إلى مذاهب مختلفة إلى القول بأن الأصل في الطلاق الحظر ، وفي ذلك يقول ابن الهمام الحنفى ، - والأصح حظره إلا لحاجة .

وجاء في فتاوى ابن تيمية " الأصل في الطلاق الحظر وإنما أبيع منه قدر الحاجة " .

١ - أدلة هذا الاتجاه :

وقد استند أصحاب هذا الرأي إلى أدلة كثيرة من الكتاب والسنة تدل - عندهم - على أن الأصل في حكم الطلاق الحظر

١ - الأدلة من القرآن الكريم :

قال الله تعالى في كتابه العزيز " فان أظعنكم فلا تشعروا عليهن سبيلاً " .

وهذه الآية تفيد أن الطلاق بدون حاجة بغى وظلم وهذا ممنوع ومحظور في الإسلام .

ب - وفي أحاديث رسول الله صلى الله عليه وسلم ما يعد سنداً قوياً لأصحاب هذا الاتجاه منها :

قال رسول الله صلى الله عليه وسلم " أبغض الخصال إلى الله الطلاق " . وقال صلى الله عليه وسلم :

" تزوجوا ولا تطلقوا فإن الله لا يحب الذواقين والله وإتات "

فهذه الأحاديث تنهى عن الطلاق بما يدل على أن الأصل
في الطلاق الحظر .

والراجع فيما نرى هو الرأي القائل بأن الأصل في الطلاق الحظر
وأنه لا يباح إلا لحاجة يود بذلك ما ذكره بعض الباحثين من أن -
الشارع الحكيم ضيق في الطلاق أشد التضييق ، فاشتراط أن يكون مسن
الزوج نفسه أو نائبه ، وأن يكون بالغاً عاقلاً ، وقد استحسن القرآن
الكريم من الرسول صلى الله عليه وسلم الحاجة على زيد بن حارثة
أن يمسك عليه زوجته بالرغم من استئثار الشقاق بينهما فقال في سورة
الأحزاب " واذ تقول للذي أنعم الله عليه ، وأنعمت عليه ، أمسك
عليك زوجك وأتق الله " فاعتبر القرآن الكريم الامتناع عن الطلاق
من نوع التقوى والبر ، وقد نهر القرآن الكريم من الطلاق بقوله " وإن كرهتموه من
فعلنى أن تكرهوا شيئاً ويجعل الله فيه خيراً كثيراً " .

هذه الآيات وأشباهها تؤكد - تلميحاً صريحاً - أن الأصل في
الطلاق الحظر ، وأن إباحته مقيدة بالحاجة ، لأن الزواج رباط مقدس
سماء القرآن الكريم بالعيثاق الغليظ في قوله تعالى " وكيف تأخذونه
وقد أفضى بعضكم لبعض وأخذن منكم ميثاقاً غليظاً " .

وقد عبر عن ذلك الرسول صلى الله عليه وسلم في قوله " تزوجوا
ولا تطلقوا ، فإن الطلاق يهترله عرش الرحمن " .

وأياً ما كان الأمر فهو اختلاف الفقهاء حول الحظر والإباحة في الحكم
الأصلي للطلاق ، فإنهم يتفقون على أن الطلاق معتبره الأحكام

التكليفية حسب الظروف والاحوال ، وما يؤكد ذلك ما يلي :

أ - لا يباح الطلاق إلا عند الحاجة : فالضرورة - كما يقول البعض - هي التي تبيح الطلاق - لأنه هدم لبناء قائم - تعلقت بهقائه أغراض ومصالح ، وربما لم تكن قاصرة على الزوجة وحدها ، فعسى أن يكون هناك أطفال يشقون بالطلاق ، وعسى أن يشقى به الزوج نفسه ، فهو بلا حاجة ضرر واضح ، لا يمكن أن يقره الاسلام ، الذي جعل من مبادئه العامة كما أشار الرسول صلى الله عليه وسلم " لا ضرر ولا ضرار " وهذا ما يقوله ابن عباس - كما رواه البخاري " الطلاق عن وطء " .

ب - محاولة الاصلاح أولاً بكل حيلة : وهو واجب على الزوج المسلم حتى لا ينفطر عقد الاسرة ، ويتفرق شمل الاولاد وقد نقر الرسول صلى الله عليه وسلم من الطلاق إلا عند توافر أسباب توجيبيه . وقد قال صلى الله عليه وسلم " فيما رواه أبو داود بإسناد صحيح " أبغض الحلال عند الله الطلاق " .

المطلب الثاني الأصل في الطلاق أنه بيد الزوج

الطلاق بصقة عامة قد يستوعب صوراً مختلفة من الفقرة ولكنه فسى
 المعنى الاصطلاحي ينصرف إلى الفقرة التي يوقعها الزوج بالارادة
 المنفردة ، وقد دل على ذلك قول الرسول صلى الله عليه وسلم
 " إنما الطلاق لمن أخذ بالنساء " ، وقد ذكر " محمد بن عيسى
 الرحمن " من فقهاء القرن السادس الهجري في كتابه " محاسن الاسلام "
 أن المرأة سريعة الاعتراض لا روية لها في أمورها ، فلو جعل الطلاق
 إليها لبادرت إلى التطليق عند كل قليل وكثير فإن رعد عيشها
 بطرت ، وإن عسر أمرها ضجرت فمالت عنه فقلما يحصل الدوام على
 النكاح فالشرع جعل الطلاق للزوج ليتأمل ويتفكر ويستعمل عقله
 في هذا ، هل الإصلاح في المقام معها أو في مفارقتها فهذا
 حكمة بالغة ، ورحمة من الله تعالى ساذغة ، ولم يشترط العوض
 في الطلاق ، لأنه لو شرط العوض لشرط عليها وهي عاجزة عن أداء
 العوض على ما عليه جبلتها ، فلا يحصل المقصود بشرع الطلاق ، ولم
 يجعل الطلاق اليهما كما في النكاح الذي لا يتم إلا بإيجاب وقبول
 فإنه لو جعل الطلاق اليهما لما يرى أحدهما الإصلاح لنفسه في فراقها
 والآخر لا يوافق فلا يعمل إلى ما هو مطلوبه وصلاحه فخير بالواحد
 وخص به الزوج " وما أشار إليه ذلك الإمام الجليل هو ما لخصه
 بعض المعاصرين وهو يرد على خصوم الرجل وأنصار المرأة محسب
 مظلة براءة وخادعة هي حقوق المرأة "

أولاً : لماذا الطلاق بيد الرجل ؟

كما يقول الدكتور مصطفى السباعي " إن الاحتمالات العقلية في هذا الموضوع لا تخلو عن أربعة :-

- ١- أن يجعل الطلاق بيد المرأة وحدها .
- ٢- أن يجعل الطلاق باتفاق الرجل والمرأة معاً .
- ٣- أن يجعل الطلاق عن طريق المحكمة .
- ٤- أن يجعل الطلاق بيد الرجل وحده .

فلنناقش كل احتمال على حده .

- ١- لا سبيل لإعطاء المرأة وحدها حق الطلاق لأن فيه خسارة مالية للرجل ، وزعزعة لثبات الأسرة ، والمرأة لا تخسر مادياً بالطلاق بل تبيع مهراً جديداً ، وبنتاً جديداً ، وعريساً جديداً ، وإنما الذي يخسره الرجل ، الذي يدفع المهر للمرأة ويقوم بنفقة البيت والأولاد ، وقد دفع نفقات العرس ، وثمان اثاث البيت وإذا كان من القواعد الشرعية المسلم بها أن "العزم بالغنم" كان من العدالة أن تعطى الرجل حق إيقاع الطلاق مادام قد ألزمناه بالمهر ونفقات الزوجة والأسرة ، فلا يهدم ما بنىه بسهولة ودون ضرورة ملحة وهو العارف بما كلفه الزواج الأول وما يكلفه له الزواج الثاني إذا أراد . أما إذا أعطيت المرأة حق الطلاق سهل عليها أن توقعه متى اختصمت مع الزوج نكايته فيه وعناداً له ورغبة في تغريمه والانتقام منه .

ولا يسأل الرجل عن سبب الطلاق ، لا لأنه الطلاق باليهوى
جائز ، وليس لا يبراز تفوق الرجل وقدرته على الفرقة بالارادة المنفردة
بل إن ذلك له حكمة بالغة ، وهي المحافظة على أسرار الاسيرة ،
وصيانة كرامة المرأة وسمعتها ، حتى لا تصبح حياتها الخاصة
حديث الناس ، وتعرض أسرار أسرتها على رؤوس الاشهاد وقد أشار
الماوردي في كتابه " الحاوي " إلى تعليل جعل الطلاق بيد الزوج
فقال : " والطلاق لا يصح إلا من زوج ولا يقع إلا على زوجة فيختص
الزوج بالطلاق وانما اشترك الزوجان في عقد النكاح ، وهو أحد
التأويلات في قوله تعالى " وللرجال عليهن درجة " إن الرجل
يملك الطلاق ولا تملكه الزوجة ، فإن قيل فلم اشترك الزوجان
في النكاح ، وتغرد الزوج بالطلاق ، قيل لا مؤين :

أحدهما : أنه لما اشترك الزوجان في الاستمتاع ، جاز أن يشتركا
في عقد الزواج ، ولما اختص الزوج بالتزام المؤونة ، جاز أن يختص
الزوج بإيقاع الفرقة .

والثاني : أن المرأة لم يجعل الطلاق اليها لأن عاطفتها تغلبها
فلم تؤمن منها معاجلة الطلاق عند التنافر ، والرجل أغلب لشهوته
منها ، وأنه يؤمن منه معاجلة الطلاق عند التنافر .

٢- أما جعل الطلاق باتفاق الرجل والمرأة معا ، فهو رهن -

باجتماع مشيئتهما ، فهذا فيه تعطيل للطلاق ، لاصلة
له بحقوق المرأة ، ولا بالساواة بين الجنسين ، إن المرأة

لا شك ستعانى زوجها اذا رغب فى انطلاق ، وسيعانى سداها
اذا رغبته هى ، وهكذا يدور هيرا الأسرتى حلقة مفرغة ، ويمسك
به طرفان متنافران لا يحب احدهما تحقيق رغبة الآخر
ولا أظن القول بمثل ذلك إلا محاولة للعبث بالأحكام الشرعية
وهو ما تأباه القوانين شرعية كانت أو وضعية .

إن اجبار الرجل على البقاء مع امرأة مستبدة أو فاسدة أو لا يطبق
معاشرتها هو ضرر كبير والقاعدة الفقهية ان لا ضرر ولا ضرار فى
الاسلام .

وليس معنى ذلك أن المرأة ليس لها أن تفارق رجلا تكرهه
ولا تحبه ، فالقول بان العلاقة تصرف انفرادى للرجل ليس على طلاقه
فليها ان تغدى نفسها لتفارق الرجل فيما ساء الفقهاء " بالخلع " .
ولها أن تطلب من القاضي أن يفرق بينها وبين رجلها للأسباب
التي توجب التفريق من إضرار أو إهمال أو فقد أو غيبة وغير ذلك
من الاسباب .

وهكذا نجد أن الاسلام وإن منع أن يكون الطلاق بمشيئة الطرفين
وأعطاه للرجل ، فإنه لم يجعله متحكما فى أمر الزوجة بحيث لا تستطيع
التخلص من حياتها الزوجية معه إلا بمحض رادته ، بل أباح لها
الخلاص من الزوج المستبد أو الظالم أو الفاسد بطلب تدفعا وبواسطة
دعوى ترفعها .

٣- أ- الطلاق بيد المحكمة فهو طريق تأبى عليه الشريعة الإسلامية
 لأن المتقاضى سبيل سائل وعرض تقطع به الأرحام ، وتطاك فيه
 الدسائس ، ويترحم الناس فيه بما ليس فيهم من أجل كسب
 دعوى أو الحصول على حكم ، وقد يسمى الرجل في سبيل
 أن يقضى له بالطلاق أن ينشر عن زوجته مقالة سوء أو يفشى
 أسرارها ينفى أن تصان وتحصى ، لكل ذلك لم يجعل
 الإسلام الطلاق بيد المحكمة ، ولكنه جعل الطلاق أمام القاضي
 سهيلا استثنائيا إذا تعذر الطلاق بالارادة المنفردة أو
 الطرفين ، أو من خلال تدخل الحكيم ، فهو تدخل مشروع
 لحسم شقاق لا يحسه إلا الطلاق ، والولاية العامة تفسر
 مسئوليات جسام على أصحابها ، تأتى مسئوليات حماية
 الأسرة وصيانتها في المقدمة منها :

والطلاق الذي بيد الرجل ليس مطلقا بغير قيد ، بل هو
 مقيد في عدده ، ومقيد في زمن ابقائه ، ومقيد في حكم وقوعه ، وكل
 هذا القيود تحمي المرأة من عسف الرجل أو ظلمه ، فإذا خرج الرجل
 عن حدوده وأساء استعمال حقه ، ترد أسأته ويرد على جوره ، فقد
 قيد فقهاء الشريعة الإسلامية حق الزوج في إيقاع الطلاق بما يتفق
 والحكم التي دعت إلى تشريعها ، وبما فيه منع الإضرار بالمسيرة
 زوجة أو مطلقة .

بل إن الأصل في الطلاق أن يتدخل المجتمع عند عجز
الطرفين عن الاتفاق على إزالة أسباب الشقاق ، ومهمة الحكيم فسي
هذا وجوبية ، والأفضل أن يكونا من ذوي الفراية لانهم أدرى ببواطن
الأمور وهو ما نص عليه القرآن الكريم في سورة النساء * وإن خفتم شقاق
بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها إن يريدوا إصلاحا
يوفق الله بينهما .

ومهمة الحكيم التردد على الزوجين وتفحص أحوالهما وتمسرف
رغباتهما - لا بصفة وكيلين عنهما - بل حاكمين عليهما وحكما نافذ
تحكما لا قضا .

خلاصة القول أنه لا جدال أن الإسلام قد جعل الطلاق بأصل
الشرع إلى الرجل ، يوقعه حين يوقعه دون حاجة إلى قضا ، ولذا
لم يسند الخلاق في القرآن إلا إلى الرجال . إلا أن هذه السلطة ليست
مطلقسة من كل قيد ، وشرط - حتى تعتبر في يد الرجل سبلا
استيداد ، قد يستعمل في غير موضعه ، بل لها حالات وأوقات ،
تجرد لها من التعسف وتحبيها من العبث ، فلا يستعمل الطلاق
إلا في موضعه .

المطلب الثالث الأصل في الطلاق التسابع

الأصل في الطلاق التعدد والتتابع ، ولا يقصد التعدد في الألفاظ ، وإنما التعدد الذي يرتبط بزمان حده الشارع ولا يعتد خارجه بتعدد الألفاظ . يقول تعالى " الطلاق مرتان فاساك بمعروف أو تسريح بإحسان "

وفي قوله تعالى " الطلاق مرتان تأويلان :
الأول : أنه بيان بعدد الطلاق وتقديره بالثلاث ، وإن الزوج يملك الرجعة في اثنتين ولا يملكها في الثالثة وهو قول عروة وقنادة .
والتأويل الثاني : وهو الأرجح لدينا - أنه بيان لمناسبة الطلاق ، وأنه يوجب على الزوج أن يوقع الطلاق متعدياً في أزمته محددة ، فلا يوقع الطلاق إلا في طهر محدد ، ولا يجمع أكثر من طلاق في طهر واحد .

وفي قوله تعالى " فاساك بمعروف أو تسريح بإحسان " تأويلان أيضاً :

الأول : أن الفاساك لمعروف ، الرجعة بعد الثانية ، والتسريح بالإحسان الطلقة الثالثة ، وهو قول عطاء ومجاهد .

والتأويل الثاني : أن الفاساك بالمعروف ، الرجعة بعد الثانية وأن التسريح بإحسان هو الفاساك عن رجعتها حتى تنقض عدتها .

فهذه التأويلات المعتمدة تشير إلى ما يلي :

١- أن الزوج لا يملك إيقاع الطلقات الثلاث بلفظ واحد ، أو بالفاظ
ثلاثة متعاقبة ، أو متفاصلة ، بل لابد أن يطلق المرأة المدخول
بها في طهر أم يجامعها فيه .

وقد استدل أبو حنيفة على أن طلاق الثلاث محسوم
وإن كان واقعاً بقوله تعالى في سورة الطلاق " إذا طلقتم
النساء فطلقوهن لعدتهن واحصوا العدة " ، فقد تضمنت هذه
الآية تفريق الطلاق في الأطهار من وجهين :-

الأول : قوله تعالى " واحصوا العدة " وإحصاؤها إنما يكسرون
انتظاراً حتى لا يقع الطلاق فيها .

والثاني : قوله تعالى فيها " لعل الله يحدث بعد ذلك أمراً " .
يريد بالرجعة ، والرجعة لا تكون في الثلاث ، وإنما تكون فيما
دون الثلاث .

ويقول تعالى " الطلاق مرتان " فدل على أنه لا يجوز أن يكون
مرة واحدة .

وقد روى عن عبد الله بن عمر أنه قال " طلقت امرأتى وهي حائض
فقال النبي صلى الله عليه وسلم ما كنت ذا أمرك ربك إنما السنة
أن تستقبل بها الطهر ثم تطلقها في كل قر طلقة " .

(٢) وترتب على ذلك أن الطلاق ينقسم عند الفقهاء إلى ثلاثة أقسام
هي : طلاق سنة ، وطلاق بدعة ، وطلاق لاسنة ولا بدعة .
أما طلاق السنة فهي طلاق المدخول بها في طهر لم تجامع
فيه .

ج) طلاق البدعة

وطلاق البدعة محرم ديانة ، وبأثم الزوج لا يقع عند الجميع
واختلفوا في وقوعه قضاء إلى رأيين :-

الرأى الاول : ان طلاق البدعة لا يقع قضاء :

أصحاب هذا الرأى - ومنهم الظاهرية والشيعة الامامية وابن تيمية
يرون ان الطلاق البدعى لا يقع ، فتمس طلق زوجته في طهر لم
يجامعها فيه ، أو طلقها وهي حائض ، أو طلقها ثلاثا بلفظ واحد
لا يقع به طلاق وتبقى الزوجية كما هي ووجه قولهم هذا أن الأمر -
بإيقاع الطلاق على وجه مخصص يقتضى الإيجاب ، فما وقع على غير
هذا الوجه المخصص لا يعتبر ، لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم
انه قال " من أحدث فى أمرنا هذا ما ليس منه فهو رد " .

وأصحاب هذا الرأى أعملوا الحديث فى طلاق البدعة
بالنسبة للحائض ، وبالنسبة للطلاق فى طهر اتصل فيه الزوج بالزوج
أما فى الطلاق الثلاث بلفظ واحد أو الفاظ متتابعة ، فقد قالوا بوقوع
طلقه رجعيه واحدة ، وهذا معقول لأن المتلفظ . بالطلاق الثلاث
(طلقة الثلاث) متفرقا أو مجبوعا لا يهدر كلامه كله ، بل يحمل على
أقله وهو التولية الواحدة ، وهذا ما عليه القانون المصرى وفقا لما
جا فى المادة الثالثة من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٥ .

والرأى عندى أن القول بعدم الوقوع ديانة وقضاء يتفق مع القول
بأن الأصل فى الطلاق الحظر ، ويغرض قيودا شرعية على حق الطلاق
ويلبس مقاصد الشريعة فى النظام الاسرى ، وفى كل الأحوال يبدو
واضحا مسوقا الشريعة الاسلامية من تحريم الطلاق .

غير المتعدد أو المخالفة للسنة التي توجب تفريق الطلقات
الثلاث التي يملكها الزوج على ثلاثة أطهار •

البحث الثاني

مشروعية الطلاق وصفته الشرعية

الأصل في الزواج الإجمالي أن يكون إلى الأبد ، ولكن الواقع قد يجعله إلى أمد لأن الخلاف قد يستحكم ، والشقاق قد يتفاقم ولا يكون لعودة السلام من سبيل إلا الفرقة بين زوجين استحالت العشرة بينهما ، وأصبحت دعوتهما إلى الاستمرار من قبيل التكليف بما لا يطاق وهو منهي عنه في الإسلام .

وقد اتجه إلى ذلك أصحاب الفكر الشديد من مسلمين وغير مسلمين ، يقول الشيخ الرئيس ابن سينا في كتاب "الشفاء" : "وينبغي أن يكون إلى الفرقة سبيل ما ، وألا يسد ذلك من كل وجه لأن حسم أسباب التوصل إلى الفرقة بالكلية ليقترض وجوها من الضرر والخلل ، منها أن من الطبائع ما لا يالف بعض الطبائع ، فكلما اجتهد في الجمع بينهما زاد الشر والتبؤ - الخلاف - وتنفصت المعاش ، ومنها أن من الناس من يمنى بزوج غير كف ولا حسن المذهب ، في العشرة ، أو بغض تعافه الطبيعة ، فيصير ذلك داعية إلى الرغبة في غيره إذ الشهوة طبيعية ، وربما أدى ذلك إلى وجوه من الفساد ، وربما كان المتزاوجان لا يتعاونان على النسل ، فإذا بدلا بزوجين آخرين تعاوناً فيه ، فيجب أن يكون إلى المقارنة سبيل ولكنه يجب أن يكون مشدداً فيه .

وقال بن تيمية في كتابه "أصول الشرائع" إن الزواج الأبدي هو الأليق بالإنسان والتلائم لحاجته والأوفق لأحوال الأسرية .

والأولى بالأخذ لحفظ النوع الإنساني ، ولكن إذا اشترطت المرأة -
على الرجل الانتفصل عنه ولو خلت في قلوبهما الكراهية بحسب
الحب لكان ذلك أمراً منكراً لا يهدقه أحد من الناس .

فالعقل الصريح يتفق مع النص الصحيح فالقول بأهلية
الطلاق رغم أنه يخفي على الله والناس ، ومن هنا تتجلى حكمته
الاسلام في إقراره ووضع الأحكام التكليفية التي تتعلق به .

وينقسم هذا البحث إلى مطلبين :

المطلب الأول : في مشروعية الطلاق

المطلب الثاني : الوصف الشرعي للطلاق

المطلب الاول مشروعية الطلاق

الكتاب والسنة والاجماع هي الأدلة الأصلية للأحكام الشرعية ولا بد لمشروعية أى فعل انساني أن يكون له سند فى واحد من هذه الأدلة .

والأصل فى مشروعية الطلاق الكتاب والسنة والاجماع :

١ - القرآن الكريم :

- (أ) يقول الله تعالى فى سورة الطلاق " يا أيها النبی إنا قد طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن " وهذا وإن كان خطابا للنبي صلى الله عليه وسلم إلا أنه حكم عام فيه : وفى جميع أمته ، فهو من الخاص الذى أريد به العموم .
- (ب) يقول تعالى فى سورة البقرة " الطلاق مرتان فإمساككم بمعروف أو تسريح بإحسان " . وهذا الآية تنظيم للطلاق ، من ناحية عدده ، وأنه ليس للرجل إلا ثلاث تطليقات ، وأحكام الرجعة ومتى تجوز ، وهذا التنظيم القرآنى للطلاق دليل مشروعية .
- (ج) وقال تعالى " لا جناح عليكم إن طلقتم النساء " وهى آية سورة البقرة تنفى الجناح والاثم عن فعل الطلاق ، إذا تم بحدوده ، الشرعية عددا ووقتا وهيئة .

٢ - في السنة النبوية :

(أ) روى حميد بن عبد الرحمن عن أبي موسى قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم " يقول أحدكم لا يرأتك قد طلقتك قد راجعتك ، ليس هذا طلاق المسلمين ، تطلق المرأة من قبل عدتها " .

وهذا التنظيم من رسول الله للطلاق ، والتفرقة بين طلاق المسلمين وطلاق غيرهم دليل مشروعية طلاق المسلمين

(ب) وروى محارب بن دثار ، عن ابن عمر ، أن النبي صلى الله عليه وسلم قال " أبغض الحلال إلى الله الطلاق " .
والحديث يشير إلى أن الطلاق مشروع ولكنه مشروع بأسبابه ودواعيه .

(ج) وروى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال " ثلاث جدهن هزل وهزلهن جد ، النكاح ، والطلاق ، والعتاق " .
وروى عنه صلى الله عليه وسلم " أنه طلق حفصة ثم راجعها ، وما ورد عن رسول الله صلى الله عليه وسلم من قول أو فعل أو تقرير يؤكد مشروعية الطلاق في الإسلام .

٣ - الاجماع : انعقد الاجماع منذ عصر الرسول صلى الله عليه وسلم حتى يوم الناس هذا على جواز الطلاق ، وارجماع الأمة على حكم دليل شرعي تستمد الأحكام منها ، وقد ثبت أن -
الرسول قال " لا تجتمع أمتي على ضلالة " فاجماعها على

إباحة الطلاق دليل مشروعية ، يضاف إلى ما جاء في القرآن الكريم والسنة النبوية .

ولم ينفرد الإسلام باقرار الطلاق وإثبات مشروعيته ، ولكنه نظم وجعله نظاماً إنسانياً يحقق مصالح الأسرة ، ولا يسلب المرأة حقوقها أو حريتها .

فمما اليونان كان الطلاق مباحاً ولكنه كان مجرد أثر من آثار سلطة الزوج المطلق على زوجته حيث كان اليونان ينظرون إلى المرأة باعتبارها متاعاً تباع وتشترى . بل كان الزوج يزوج مطلقته لمن شاء في حياته ، ويوصيها لشخص آخر بعد مماته .

وقد عرفت تشريعات الإنسان في القديم والحديث الطلاق ، وكان موقفها منه يتأرجح بين التقيد والاطلاق ، إلا ما قال به "الكاثوليك" من "عدم إباحة الطلاق لأي سبب كان" .

أما البروتستانت فقد قالوا بالطلاق في حالات الزنا وتغيير الدين وإضافاً "الارثوذكس" أسباباً أخرى تجعل مذهبهم أكثر مرونة في الطلاق عن غيره من مذاهب المسيحية الأخرى . أما القوانين الوضعية فإن أكثرها يجيز الطلاق ، إلا أن عقديتم بفعل الزوج وإرادته وأغلب التشريعات الوضعية تسند الطلاق إلى القاضي ، ولكنها تقر مشروعيته في كل الأحوال .

وهكذا أكدنا فطرة الإنسان موقف الإسلام من مشروعية الطلاق فهو باعتباره ديناً يراعى واقع المجتمع وطبيعة الفرد ، مشرعاً نظاماً

للطلاق يجمع بين الصالح ويحقق الخير العام على النحو التالي :-

١- الطلاق محظور أصلاً ولا يباح إلا لحاجة وضرورة وإباحته مقيدة بقيود تكفل الصالح العام ، وتكفل تحقيق التوازن في حقوق كل واحد من الزوجين وواجباته • فالزوجية " ميثاق غليظ " كما سماه القرآن لا ينقسم إلا لأسباب مسلحة •

٢- الإسلام أباح الطلاق ، ولكنه جعله أمراً كريهاً على المجتمع بغضاً عند الله يقول الرسول صلى الله عليه وسلم " تزوجوا ولا تطلقوا فإن الطلاق يهتزله عرش الرحمن " •

٣- الطلاق مشروع للطرفين الزوج والزوجة ، فإذا كان الزوج بيد ، الطلاق يسوقعه متى شاء ، فإن الزوجة لها حق اقتداء نفسها وهو ما يسمى بالخلع ، ولها أن تطلب الفرقة من القاضي وعليه أن يجيب عند توافر الأسباب وثبوت حق الزوج • خلاصة القول أن الطلاق مشروع باعتباره ضرورة ، والضرورة تقدر بقدرها ، وعند عدم الحاجة فهو حرام على الرجل بإيقاعه وحرام على الزوجة طلبه •

المطلب الثاني الهدف الشرعي للطلاق

يقصد بالهدف الشرعي للطلاق : ما يثبت له شرعا من جهة كونه مطلوباً فعنه أو مطلوباً تركه ، فإن كان مطلوب الفعل طلباً جازماً فهو واجب ، وإن كان مطلوب الفعل طلباً غير جازم فهو المندوب ، وإن كان مطلوب الترك طلباً جازماً ، فهو الحرام ، وإن كان مطلوب الترك طلباً غير جازم فهو المكروه .

والغرض : متفقون على أن تعتره الأحكام التكليفية ، قال ابن تيمية : " وأعلم أن الطلاق من حيث هو جائز تعتره الأحكام الأربعة من حرمة وكراهة ، وجوب ونهي " .

١ - الطلاق الواجب : يكون - لاق واجباً أثر بانه الزوج بعدم إيقاعه في حالات كثيرة منها : -

أ - في حالة الإيلاء : يرى جمهور أهل الزوج إذا أبى العودة إلى زوجته بعد مدة الإيلاء فيجب الطلاق في هذا الحالة أما الأحناف فإنه يرونه من الفرقة بالإيلاء بمجرد انتهائها .

ب - يكون الطلاق : بالتأديب الحكمان عن الإحلال بين الزوجين وأما الحل في التفريق بينهما عند من يقول بالتفريق لذات .

(ج) يكون الطلاق واجبا إذا عاد الزوج على موضوعه بالنقض وذلك إذا كان الزوج فاقدا للطاقة الجنسية لا يمكنه تحسين زوجة أو إعفاف امرأة لعدم قدرته على التلاقس، فالتفريق هنا واجب . قال تعالى " وإن يتفرقا يغن الله كلا من سعته " .

ولنما يجب الطلاق في هذه الحالة دفعا للضرر الذي يَحْتَقِ بِكُلِّ الزوجين ، فعدم الطلاق يضر الرجل والمرأة على حد سواء ورفع الضرر واجب كما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم " لا ضرر ولا ضرار " وهذا الحديث بإخبار في اللفظ ولكنه نهى في المعنى ، أى لا يضر بعضكم بعضا ، والنهى العارى من القرائن يفيد التحريم فالضرر حرام وحيث لا سبيل إلى ترك هذا الحرام فيما نحن فيه إلا بالطلاق يكون الطلاق واجبا ، فإن ما لا يترك الحرام إلا به يكون واجبا . فالطلاق واجب .

٢ - الطلاق المندوب:

وهو الذى يترجع فعله على تركه ولا إثم في تركه وصورة متعددة

منها :-

(أ) فإذا فرطت الزوجه في حق من حقوق الله مثل ترك الصلاة

عدا .

(ب) إذا كانت المرأة سيئة الاخلاق تؤذى زوجها وأهله

وجيرانها بالقول والفعل

(ج) إذا طال الشقاق بين الزوجين رغم عدم اليأس من صلاحه فالطلاق في هذه الحالة مندوب إليه ، حتى يعود الهدوء إلى حياة الطرفين ، ويرى البعض أن امتناع المرأة عن حدود الله يجعل الاقدام على طلاقها أقرب إلى الواجب .

٣ - الطلاق الحرام : على معنى أنه طلاق يعاقب فاعله ويثاب تاركه الطلاق الحرام هو المطلق البدعي الذي تحدثنا عنه من قبل وأمثله ما يلي :-

(أ) المطلق في الحيض : لأن طلاق الخائض يتم في زمان لا يحتسب به عدتها ، مما يؤدي إلى إبطال العددة بخير حق فهو إضرار بالمرأة ، ومن قواعد الشريعة (ب) الطلاق في طهر جامعها فيه : للإشكال في أمرها بين الحمل وعدمه ، وما يترتب على ذلك من أحكام فسد العددة .

وفي تعليل ذلك روى أن ابن عمر رضي الله عنه طلق امرأته في الحيض فقال الرسول صلى الله عليه وسلم لعمر " ما بينك وبينها فليراجعها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ، ثم إن شاء طلقها قبل أن يمضي فتلك العددة التي أمر الله أن يطلق لها النساء " يشير صلى الله عليه وسلم إلى قوله تعالى " يا أيها الذين آمنوا إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن " فالطلاق في العددة هو الطلاق في الطهر الذي لا اتصال فيه بالمرأة ، وهذا واجب كما هو مقتضى الآية الكريمة أن لفظ طلقوهن أمر والأمر يقتضي الوجوب إذا كان بلا قرينة

ومخالفة الواجب حرام ، فالتطليق في الحيض أو في طهر فيه مباح
مخالفة للواجب الذي أمر الله به ، ومخالفة الواجب حرام .

ولا خلاف بين الفقهاء في القول بالحرمة في الطلاق في الحيض
أو في طهر تم فيه الاتصال بالمرأة ، والخلاف - كما سبق وأشرنا - في
وقوع الطلاق قضا من عدمه .

والطلاق الثلاث بلفظ واحد يلحق بالطلاق المحرم ، سواء وقع
طلقات ثلاث كما هو عند المذاهب الأربعة ، أو وقع طلقة واحدة ، كما
يرى الظاهرية والشيعة الإمامية وابن تيمية .

٤ - الطلاق المكروه :

..... بمعنى أن يترجح تركه على فعله ، إذا كان الطلاق دون مبرر
يقتضيه ، ولا سبب يدفع إليه وقد روى عن أحمد بن حنبل روايتان
في هذا النوع أحدهما أن هذا النوع حرام لأن التطليق فسخ
هذه الحالة إضرارا بنفسه وزوجه وإعداما للمصلحة المترتبة على
الزواج من غير حاجة إليه فكان حراما كائنتلاف المال وكان حراما
أيضا لقول الرسول صلى الله عليه وسلم " لا ضرر ولا ضرار " .
أما الرواية الأخرى فالتطليق مباح لقول الرسول صلى الله
عليه وسلم " أبغض الحلال إلى الله الطلاق " .

والرأي الذي عليه الجمهور أن هذا الطلاق مكروه ، خاصة وأن
رأي أكثرية الفقهاء أن الإباحة لا تعتزى الطلاق لأن الخطر
أصل فيه ، خاصة وأن الأحاديث التي تروى عن الرسول صلى

الله عليه وسلم في شأن التدليل على الإباحة ، وما نقل عن
 الصحابة من أخبار ليس فيها أن طلاق الرسول أو صحابته الكرام
 كانت لغير سبب أو دون حاجة ، بل إن مقام النبوة ، وعلمو
 شأن الصحابة يدعوا إلى تنزيه أفعالهم من العبث ، أو أن تجيء
 لغير غاية أو دون سبب .

فالطلاق إذن لا تعثر به الإباحة ، وليس له من الأحكام
 التكليفية إلا أربعة هي الوجوب ، والندب ، والحرمة والكراهية على
 النحو الذي أوجزناه في السطور السابقة .

البحث الثالث مصطلحات الفرقة

المصطلح أصبح علما ، وإحكامه يؤثر على سلامة الفكرة القانونية إيجابا وسلبا ، والفرقة بين الزوجين لها أسباب متعددة ومتنوعة ، لا تجب كلها في مرتبة واحدة من الأهمية ، ولا نرى ضرورة تفصيلها في دراسة موجزة تستهدف الأحكام العامة في الفرقة ، وشرح التشريع المصري للأحوال الشخصية في ميدان الطلاق ، وبأتمنى هذا البحث لتحقيق أمرين هما :

أمر علمي : يقتضى ضرورة ضبط المصطلح والفرقة بين الطلاق وما قد يختلط به من أسباب إنهاء الحياة الزوجية .

وأمر دراسي : تفرضه الدراسة الموجزة التي تقتضى ألا تعرض لكل صور الفرقة ، وفي ذات الوقت ينبغى الإشارة إليها لمعرفة الطالب إذا ما عرضت له في دراسة علمية ، أو في حياة عملية وسوف تعالج موضوعنا في بحثين ، الأول يجمع مصطلحات الفرقة ، والثاني : يفرق بين الطلاق والفسخ وهو ما قد يتصل بكل أنواع الفرقة بين الزوجين .

المطلب الأول : في مصطلحات الفرقة

المطلب الثاني : في الطلاق والفسخ

المطلب الأول في مصطلحات الفرقية

١- الطلاق :

الطلاق في اللغة : الحل ورفع القيد ، وهو اسم مصدره التطلق ، ويستعمل استعمال المصدر ، وأصله : طلقت المرأة تطلق فهي طالق بدون ها ، وروى بالهاء (طالقة) إذا بانت بمن زوجها ، ويراد به الإطلاق ، يقال : طلقت وأطلقت بمعنى سرحت ، وقيل : الطلاق للمرأة إذا طلقت ، والإطلاق لغيرها إذا سرح فيقال : طلقت المرأة ، وأطلقت الأسير ، وقد اعتمد الفقهاء هذا الفرق ، فقالوا : بلفظ الطلاق يكون صريحا ، ولفظ الإطلاق يكون كناية .

وجميع طالق طلق ، وطلقة تجمع على طوالق ، وإذا أكثر الزوج الطلاق كان مطلقا ومطلقا ، وطلقة .

والطلاق في عرف الفقهاء هو : رفع قيد النكاح في الحال أو

المال بلفظ مخصوص أو ما يقوم مقامه .

والمراد بالنكاح هنا : النكاح الصحيح خاصة ، فلو كان فاسدا

لم يصح فيه الطلاق ، ولكن يكون متاركة أو فسخا .

والأصل في الطلاق أنه ملك الزوج وحده ، وقد يقوم به غيره

بإنيابته ، كما في الوكالة والتفويض ، أو بدون إنيابة ، كالقاضي فسن

بعض الأحوال ، قال الشريفي في تعريف الطلاق نقلا عن
التهذيب : تصرف مملوك للزوج يحدثه بلا سبب ، فيقطع النكاح .

٢- الفسخ :

الفسخ في اللغة : النقص والإزالة وفي الاصطلاح : حل
رابطة العقد وبه تنهدم آثار العقد وأحكامه التي نشأت عنه .

وبهذا يقارب الطلاق ، إلا أنه يخالفه في أن الفسخ نقص
للعقد المنشئ لهذه الآثار ، أما الطلاق فلا ينقض العقد ، ولكن
ينهي آثاره فقط .

٣- المتاركة :

المتاركة في اللغة : الرحيل والمفارقة مطلقا ، ثم استعملت للإسقاط
في المعاني ، يقال : ترك حقه إذا أسقطه

وفي الاصطلاح : ترك الرجل المرأة المعقود عليها بعد قد فاسد
قبل الدخول أو بعده ، والترك بعد الدخول لا يكون إلا بالقول عند
أكثر الفقهاء ، كقوله لها : خلعت سبيلك ، أو تركتك ، وكذلك قبل
الدخول في الأصح .

والمتاركة توافق الطلاق من وجه وتختلف من وجه ، توافق في
حق إنها آثار النكاح ، وفي أنها حق الرجل وحده ، وتختلف في
في أنها لا تحسب عليه واحدة ، وأنها تختص بالعقد الفاسد
والوطء بشبهة ، أما الطلاق فيمخصص بالعقد الصحيح .

٤- الخلع:

الخلع في اللغة: النزع، وخالعت المرأة زوجها مخالعة
واختلعت منه إذا اقتدت منه وطلقها على القدية، والمصدر الخلع
والخلع اسم.

وهو في الاصطلاح: إزالة ملك النكاح بلفظ الخلع أو ما في
معناه، بمقابل عوض يلتزم به الزوجة أو غيرها للزوج.

وقد ذهب الحنفية في المفتى به، والمالكية والشافعية فبسبب
الجديد، والحنابلة في رواية: إلى أن الخلع طلاق. وذهب
الشافعية في القديم، والحنابلة في أشهر ما يروى عن أحمد إلى
أنه فسخ.

٥- التفريق:

التفريق في اللغة: مصدر فرق، وفعله الثلاثي فرق، يقال
فرقت بين الحق والباطل، أي فصلت بينهما، وهو في المعاني
بالتخفيف، يقال: فرقت بين الكلامين وبالتشديد في الأعيان،
يقال: فرقت بين العبدتين، قاله ابن الأعرابي والخطابي، وقال
غيرهما: هما بمعنى واحد، والتشديد للمبالغة.

والتفريق في اصطلاح الفقهاء: إنها العلاقة الزوجية بين
الزوجين بحكم القاض، بناء على طلب أحدهما لسبب، كالشقاق
واضرار وعدم الإنفاق، أو بدون طلب من أحد حفظا لحق الشرع،
كما إذا ارتد أحد الزوجين.

وما يقع بتفريق القاضى : طلاق بائن فى أحوال ، وفسخ فى
أحوال أخرى ، وهو طلاق رجعى فى بعض الأحوال .

٦- الإيلاء :

الإيلاء : فى اللغة الحلف ، من آلى يؤلى إيلاء ، يجمع على
ألياء .

وفى الاصطلاح : حلف الزوج على ترك قرب زوجته مدة مخصوصة .
وقد حدد القرآن الكريم ذلك بأربعة أشهر فى قوله تعالى " للذين
يؤلون من نسائهم تبرعاً أربعة أشهر " فإذا انقضت الأشهر الأربعة
بغير قرب منه لها طلقت منه بطلقة بائنة عند الحنفية ، واستحققت
الطلاق منه عند المالكية والشافعية والحنابلة ، حيث ترفع الزوجة
للقاضى ليخيره بين القرب والفراق ، فإن قربها انحل الإيلاء ، وإن
رفض فرق القاضى بينهما بطلقة .

٧- اللعان :

اللعن فى اللغة : الطرد والإبعاد من الخير ، والمسبة ، يقال :
لعنه لعناً ، ولعنه ملاعنة ، ولعانا ، وتلاعنا ، إذا لعن بعضهم
بعضاً .

وفى اصطلاح الفقهاء : عرفه الكمال بن الهمام ، بأنه اسم لما
يجرى بين الزوجين من الشهادات بالآلفاظ المعروفة .

وقد سمي باللعان لما فى قول الزوج فى الأيمان : إن لعنة
الله عليه إن كان من الكاذبين ، وذلك وفقاً لقوله سبحانه " والذين

يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم فشهادة أحد هـم
أربع جهادات بالله إنه لمن الصادقين ، والخاسق أن لعنة الله عليه
إن كان من الكاذبين •

والتحريم بعد اللعان بين المتلاعنين يكون على التأييد ، أما
الطلاق فليس بالضرورة كذلك •

٨- الظهار :

الظهار قول الرجل لامرأته : "أنت علي كظهر أمي" وكان
عند العرب ضرباً من الطلاق •

وفى الاصطلاح : تشبيه المسلم زوجته أو جزءاً شائعاً منها
بمحرم عليه على التأييد كأمه وأخته ، بخلاف زوجة الغير ، فإن حرمتها
مؤقتة ، ويسمى لظهار بذلك لما غلب على المظاهرين من التشبيه بظهر
المحرم ، كقوله لزوجته "أنت علي كظهر أمي" وإن كان لظهار ليس
مخصوصاً بالتشبيه بالظهر •

ولا تفريق بين الزوجين في الظهار ، ولكن يحرم به الوطء
ودواعيه حتى يكفرا المظاهر فإن كفر حلت له زوجته بالعقد الأول •

المطلب الثاني

بين الطلاق والفسخ

قلنا في المطلب السابق أن الطلاق إنهاء لعقد الزواج ، وهو لا يكون إلا من زوج ولا يقع إلا على زوجة في عقد زواج صحيح ، ولكن الفسخ نقض للعقد من أساسه ، وبه تنهدم آثار العقد ، والفرق على تنوعها كما عرضنا اختلف في كونها طلاقاً أو فسخاً بحيث أصبح من الضروري التمييز بين الفسخ والطلاق في الآثار وفي الأحكام الفقهية .

يتميز الطلاق عن الفسخ - كما عرضه الشيخ زكريا البرد - بما يأتي :-

(أ) الطلاق لا ينقض العقد مطلقاً ولا يزيل الحل إلا في حالة البينونة الكبرى وإنما ينهي الزواج بلفظ خاص يترتب عليه زوال الملك كما فسخ الطلاق البائن أو نقصانه كما في الطلاق الرجعي .

أما الفسخ فقد ينقض عقد الزواج في بعض الحالات ويجعله كأن لم يكن كالفسخ بسبب خيار البلوغ أو الإفاقة ، وقد لا ينقضه في بعض الحالات كالفسخ بسبب ارتداد الزوجة عن الإسلام .

(ب) إنهاء الزوجية بالطلاق : لا يرجع إلى شيء يتنافى مع عقد الزواج ولا إلى شيء يقتضي عدم لزومه لأن الطلاق حق الزوج بهتضن عقد الزواج فلا يشترط أن تكون هناك أسباب قارنت العقد فجعلته

غير لازم أو طرأت بعده فأوجبست عدم استناده .

أما إنها الزوجية بالفسخ فيكون بسبب حالات طارئة على
العقد تتنافى مع نقاء الزواج واستناده كزوجة أو اتصال الزوج
بأم زوجته أو ابتها أو اتصال الزوجة بأبن الزوج أو أبيه .

أو بسبب حالات كانت مقارنة للعقد مقتضية عدم لزومه من الأصل
كما إذا زوج الصغير أو الصغيرة غير الأب والجد ثم بلغا وكما إذا زوجت
الحررة البالغة لعاقل رشيدة نفسها من غير كفا أو بدون مهر المثل .
والحالات الأولى الطارئة على العقد التي تتنافى مع بقائه
الزواج واستناده لا تكون نقضا للعقد من أساسه .

أما الحالات الثانية التي تكون مقارنة للعقد مقتضية عدم لزومه
من الأصل فهي ناقضة للعقد من أساسه .

والفرق في الحكم بين الفسخ الذي ينقض العقد من أصله والذي
لا ينقضه يظهر فيما يأتي :-

(١) إن الفسخ الذي يعد نقضا للعقد لا يوجب شيئا من المهر
سواء أكان الفسخ من قبل الزوج أو من قبل الزوجة لأن الفسخ
في هذه الحالة نقض للعقد من أساسه والمهر حكم من أحكامه . اللهم
إلا إذا اتصل بالمهر ما يؤكد .

أما الفسخ الذي لا يعد نقضا للعقد من أصله فإن كان من قبل
المرأة قبل أن يؤكد المهر سقط المهر كله وإن كان من قبل الرجل
وجب نصف المهر .

(٢) إن التي فسخ زواجها بما هو ناقص للعقد من أساسه لا يلحقها الطلاق في أثناء العدة فإذا استأنف الزوجان حياة جديدة لا يعد الطلاق الذي حدث في عدتها من عدد الطلقات لأن الطلاق أثر للعقد وقد يقض فلا يثبت طلاق .

أما التي فسخ زواجها بما لا يعد نقضا للعقد من أصله لا يلحقها الطلاق في أثناء العدة إذا كان استئناف الحياة الزوجية ممكنا فمن ارتد عملا وفسخ زواجها بسبب الردة يلحقها الطلاق في العدة فإذا طلق الزوج فيها وأستأنف الزوجان حياتهما الزوجية بعد ذلك احتسب هذا الطلاق من عدد الطلقات .

والفسخ الذي لا يعد نقضا للعقد ينقسم إلى قسمين :-

(أ) فسخ يمنع الزواج على التأييد وهو الفسخ الذي هو بسبب حدوث تحریم بين الرجل والمرأة على التأييد كأن يقع من الزوج ما يوجب حرمة الظاهرة كأن يتصل بأصل الزوجة أو فروعها .

(ب) فسخ يمنع الزواج على التأقیت وهو الفسخ الذي يكون بسبب حدوث تحریم مؤقت بين الزوجين كالردة واللعان وهذا الفسخ الذي يعد نقضا للعقد من أصله يكون غالبا محتاجا إلى أمر القاضي لأنه يكون مبنيا على أمور هي محل تقيس بين يدي القضاة .

أما الفسخ الذي لا يعد نقضا كحدث ما يوجب التحريم فإنه لا يحتاج إلى القضاة .

(ج) إنها إنهاء الزواج بالطلاق ينقص من عدد الطلقات التي يملكها الرجل سواء كان الطلاق رجعيًا أو بائنًا .

أما إنها إنهاء الزواج بالفسخ فلا ينقص به عدد الطلقات التي يملكها الرجل على المرأة .

(د) الفسخ لا يقع في عدته طلاق إلا ما يكون بسبب الردة أو الإيابة عن الإسلام . أما الطلاق فيقع في عدته الطلاق لأن الطلاق لا ينقض العقد ولا يزيل الحل هذا وقد ضبطت الامة المذهب الحنفى كلا من الفسخ والطلاق بضابط يتميز به كلاهما عن الآخر ولكنهم اختلفوا في هذا الضابط .

فأبو يوسف يقول : كل إنهاء للزواج يكون بسبب من جانب الزوج فهو فسخ كردة الزوجة أو إيبائها الإسلام وتمكين أب الزوج أو ابنه من نفسها .

وكذلك كل إنهاء للزواج بسبب من جانب الزوج له نظير يفسخ به من جانب الزوجة كردة الزوج أو إيبائه الإسلام .

وهما يعتبر فسخًا أيضًا إنهاء الزواج بسبب ملك الزوج زوجته لأن نظير ذلك في جانب الزوجة يعتبر فسخًا .

أما إذا كان إنهاء الزواج بسبب من جهة الزوج وليس لهذا السبب مثيل من جانب الزوجة فإن الإنهاء في هذه الحالة يكون

طلاقاً لإنهاء الزواج بالفاظ الطلاق أو بالعيب في الزوج مثل
الجب والعنة والخصاء .

والإمام محمد لا يختلف عن أبي يوسف فيما ذهب إليه إلا في
شيء واحد فهو يعتبر أن إنهاء الزواج الذي يكون بسبب من جهة
الزوج سواء كان له مثل من جانب الزوج أو ليس له مثل يعتبر
طلاقاً لإنهاء الزواج عند بسبب ردة الزوج أو إباحته الإسلام يعتبر
طلاقاً لا فسخاً .

والإمام أبو حنيفة يوافق محمد فيما ذهب إليه ولا يخالفه إلا في
ردة الزوج فأبو حنيفة يعتبر إنهاء الزواج بها فسخاً لأنه يرى أن الردة
كال موت من حيث إنهما حينها مهدر الدم لإنهاء الزواج بسبب الردة .
كأنهاء الزواج بسبب الموت ، وما أن لا خير لا يعد طلاقاً فكذلك
الأول .

وإنهاء الزواج سواء اعتبر فسخاً أو طلاقاً منه ما يتوقف على
قضاء القاض ومنه ما لا يتوقف على ذلك .

فالإنهاء المعتبر فسخاً ويحتاج إلى القضاء ما يأتي :-

- (١) الإنهاء بسبب خيار البلوغ للزوج أو الزوجة إذا كان الزوج
غير الأب والجد وكذا الإنهاء بسبب خيار الإفاقة بعد الجنون
- (٢) الإنهاء بسبب عدم الكفاة في الزواج أو نقصان المهر عمن
مهر المثل .

- (٣) الإنهاء بسبب إباحة الزوجة غير الكتابية عن الإسلام عند إسلام

زوجها وذلك بالاتفاق • وكذلك الإنهاء بسبب إباء الزوج عن الإسلام بعد إسلام زوجته عند أبي يوسف •

والإنهاء المعتبر طلاقاً ويحتاج إلى القضاء ما يأتي :-

(١) الإنهاء بسبب عيب من العيوب التي تكون بالزوج الحب والعنة •

(٢) الإنهاء بسبب إباء الزوج عن الإسلام بعد إسلام زوجته على رأي الطرفين •

(٣) الإنهاء بسبب اللعان على رأي أبي حنيفة ومحمد فإن اللعان طلاق بائن عندهما ، وزاد القانون الإنهاء بسبب الأضرار بالزوجة وبسبب إفسار الزوج بالنفقة وبسبب غيبة الزوج أو حبسه •

أما الإنهاء الذي لا يتوقف عن القضاء فإما أن يكسبون إنهاءً معتبراً فسخاً أو إنهاءً معتبراً طلاقاً •

فمن الأول :

(١) الإنهاء بسبب ملك أحد الزوجين الآخر •

(٢) الإنهاء بسبب خيار العتق للزوجة •

(٣) الإنهاء بسبب ردة الزوج عن الإسلام ونقائه الزوجة مسلمة عند أبي حنيفة وأبي يوسف •

(٤) الإنهاء بسبب ظهور غيباد العقد •

ومن الثاني :

(١) الإنهاء بلفظ الطلاق أو الإيلاء •

(٢) الإنهاء بسبب ردة الزوج عن الإسلام على رأي محمد •

الفصل الثاني الفرقة الارادة

لا جدال في الإسلام في استقلال الزوج بحق الطلاق ، ولله
أن يوقعه بإرادته المنفردة ، وله ينيب فيه ، فإذا أتاب الغير كان
وكيلا عنه في إيقاع الطلاق ، وإذا أتاب زوجته كانت مفوضة في طلاق
نفسها ، وفي الحالتين ينفذ حق الزوج في الطلاق بإرادته المنفردة ،
لا تقيد وكالة ، ولا يمنعه نفوذ .

والفرقة الإرادة نوعان :-

الأولى :- فرقة بالإرادة المنفردة للزوج وهي الطسـلاق
بالمعنى الفقهي الدقيق ، وهي حق خالص للزوج ، ولا يشاركه أحد
فيه ، ولا يتولاها غيره إلا بإذنه منه ، فإذا كان نكاح الإهلية لمفسر
أوجنون فالرأي الراجح أن لا يباشر وليه الطلاق بدلا عنه على الرغم
من نبوت ولاية التزويج له .

وهذا له حكمة بالغة حتى لا يتسلط الولي على الزوجة مستهد
بأمر الزوجة حتى تكون طيبة له خوفا من سلطة الطلاق التي تمنح
إليه .

الثانية :- في فرقة بإرادة الطرفين وتسمى خلفـسا ،
ومعنى الخلف طلاقا عند جمهور الفقهاء ، ويرى الشافعي في القديم
وأحمد في رواية عنه أنها نسخ

فالطلاق الإرادى ينهيه يتم فى غير حاجة إلى قضاء ، فحق
الطلاق يكفى فيه إيقاعه من الرجل ، وفى الخلع يتم من الرجل بنسأ
على اتفاق الطرفين الزوج والزوجة .

والفرقة الإرادية التى هى محل الدراسة فى هذا الفصل
هى الفرقة الإرادية بالإرادة المنفردة ، أى الطلاق بالمعنى الفقهى
الدقيق .

(٢) حكمة تشريع الطلاق :-

الاسلام وهو يتفاعل مع الواقع ، يستجيب لضروراته ، وينهى
الطلاق ، فعلى الرغم من دعوة الإسلام المتصلة إلى حسن اختيار
رفيقة الحياة ، وأهمية معرفة الخطيئة - شكلا ومقلا وقلبا - فقال
على الله عليه وسلم " تخيروا لنطفكم وانكحوا الأكفأ وانكحوا إليهم "
وقال صلى الله عليه وسلم " تنكح المرأة لأربع : لما لها ، ولحبها ،
ولجمالها ، ولد ينها ، فاطفر بذات الدين تربت يداك "

وقال الرسول صلى الله عليه وسلم للمغيرة بن شعببة
عندما خطبها امرأة " انظر إليها فإنه أحرى أن يؤدم بينكما "

رغم هذا السياج الذى أراد الإسلام أن يحصى به الزوجية
من الفشل ، ومنزلها من التداوى إلا أن الحياة العملية تفسر
قرارات خاطئة ، وحيوات زوجية فاشلة ، فكان الطلاق علاجا يدرأ
أخطاراً أكبر ونتائج تدمس الإنسان فى كيانه وقوامه وجوده ،

بل وقد تؤدي بالمجتمع نفسه ، وقواعد الإسلام تقدم الضرر الأخف على
الضرر الأثقل ، وفقا للقاعدة الفقهية الكلية " يختار أهون الشرين "
والقاعدة الفقهية الثالثة : " الضرر الأثقل يزال بالضرر الأخف " .

ومستأنس في ذلك بما ورد عن ابن عباس أن زوجة ثابت بن
أبي قيس بن عباس أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت له " يا رسول
الله : ثابت بن قيس ما اعتبه عليه في خلق ولاديين ، ولكنني أكره الكفر
في الإسلام ، قال صلى الله عليه وسلم أتريد من عليه حد يفتنه ؟ " قالت
نعم يا رسول الله قال رسول الله صلى الله عليه وسلم " إقبل الحديقة
وطلقها تطليقة " .

وسوف ينقسم هذا الفصل الى مايلي :-

- المبحث الأول :- ما يقع منه وطئه الطلاق .
- المبحث الثاني :- ما يقع به الطمس .
- المبحث الثالث :- أنواع الطلاق وما يثبت به .

المبحث الاول ما يتبع منه وطيه الطلاق

الطلاق - كما يقول الماوردي - لا يصح إلا من زوج ولا يقسح إلا على زوجة ، فيختص الزوج بالطلاق ، وإن اشترك الزوجان فمسي عقد الزواج ، وهو أحد التأويلات في قوله تعالى : (وللرجسناال عليهن درجة) وأن الرجل يملك الطلاق ولا تملك المرأة .

فإن قيل لم اشترك المرأة والرجل في عقد الزواج ، وتفسرد الزوج بالطلاق ؟ فذلك عند الفقهاء " لأمرين أحدهما : أنه لـمـسـاـ اشترك الزوجان في الإستماع ، جاز أن يشتركا في عقد النكاح ، ولمـسـاـ اختص الزوجة بالمؤنة والنفقة ، من صداقة وانفاق ومعدة ، جـسـاز أن يختص الزوج بإيقاع الفرقة .

والثاني : أن المرأة لم يجعل الطلاق إليها ، لان عاطفتها تغلبها - في الغالب الذي تقوم عليه الأحكام - فلم تؤمن معها معالجة الطلاق عند التنافر ، والرجل اغلب بشهوته منها ، وأنه يؤمن منه معالجة الطلاق عند التنافر .

إن الاسلام لا يستعجل الطلاق ، ولأنه هو الحل الأخير ، واقتصاد ياء الزواج كلها على الرجل ، فلن ينهي زواجا قائما باعائه إلا بعد تفكير عتيق ، كم لن يبدأ زواجا جديدا بتكاليفه إلا بعد تدبر وثبت ، فلأن أعيا الفراق المادية كلها على مائسه .

كان طبيعياً أن يكون القرار بيد من التحرز من أن يستبد به أو يتعسف في استعماله وكل ذلك راعته الشريعة، ووضعت من القواعد ما يحصل دون كثرة تكراره، وما يرفع عند وقوعه من أخطاره.

ونقسم هذا البحث إلى مطلبين :-

- المطلب الأول : من يقع منه الطلاق .
- المطلب الثاني : من يقع عليها الطلاق .

المطلب الأول

من يقع منه الطلاق

أولاً : الزوج يملك الطلاق :-

الزوج هو الفاعل الحقيقي للطلاق ، ولم تسند الآية القرآنية التفريق بالطلاق إلا إليه يقول تعالى : " وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فامسكوهن بمعروف أو سرحوهن بمعروف " وقول تعالى : " فإن طلقها فلا تحل من بعد حتى تنكح زوجاً غيره " .

فالطلاق هو الفرقة التي يملكها الزوج وحده ، وهمايته فيها هي المعتدلة ، بإرادته المنفردة ، ولا يسأل الرجل لأسباب إجتماعية تتعلق بأسرار الأسرة ، وخصوصيات الزوجة ، وقد أكد الرسول صلى الله عليه وسلم ذلك في الحديث المروي عنه " إنما الطلاق لمن أخذه

بالمساق " ، وهذا الحديث يفيد عن طريق الحصر الموجود فيه بالطلاق
لغير الزوج ، فمن قواعد اللغة العربية أن إذا شئنا قصر بـ"أ" على
ما بعده ، وهذا الحديث يثبت أن الطلاق حق الزوج فلا يملكه
أحد غيره . والنتائج التشريعية التي تترتب على ذلك ما يلي :-

- (١) لا يجوز لغير الزوج أن يطلق ، ويطلق الحاكم عليه إذا وجد
أسباب الطلاق وامتنع الزوج التطلق ، فحتى لا يصبح الطلاق
مستحيلا وقد توفرت أسبابه ودواعيه ، يطلق القاضي على
الزوج بماله من ولاية شرعية .
- (٢) لا يجوز لولي الصغير أن يطلق عليه زوجته ، وهذا هو
الرأى الفقهى الراجح عليه الأحناف والشافعية ومذهب
الزيدية ، والأمامية من الشيعة . إلا أن الأمامية يرون أن
ولي المجنون والمعتوه له أن يطلق عليه ، ويرى المالكية
والحنابلة في المشهور أن لولي الصغير والمجنون أن يطلق
عليهم . والقضاة المصري على ما ذهب إليه الأحناف فليس
للولي أن يطلق لأي سبب من الأسباب
- (٣) لأن الزوج هو صاحب الحق في الطلاق ، فإنه متى تلفظ
بالطلاق في أي وقت ، وفي أي مكان يترتب عليه أثره ما دام
مستوفيا لأركانه وشروطه ، دون التوقف على أي شيء آخر .

ثانيا : الشروط المتعلقة بالطلاق :-

(١) أن يكون زوجا بالغا : والزوج هو من بينه وبين المطلقة عقد زواج صحيح .

وليس رأى زوج بل الزوج البالغ ، وقد ذهب الجمهور إلى عدم وقوع طلاق الصغير سيزاً أو غير سيزه ، مراهقاً أو غير مراهق ، أذن له بذلك أم لا .

وقد قال الرسول صلى الله عليه وسلم قال (كل الطلاق جائز إلا طلاق المص والمجنون) ولأن النبي صلى الله عليه عليه وسلم قال : " رفع القلم عن ثلاث عن المص حتى يحتلم وعن المجنون حتى يفقه وعن النائم حتى يستيقظ " نسيم إن الطلاق لا يخلو من ضرر يلحق بالمطلق فلا يملكه الصغير ولا يملكه الولي ، والحنابلة يفرقون بين المص الساذي لا يعقل فلا يقع طلاقه باتفاق مع الجمهور ، والمص الساذي يعقل الطلاق ، ومعلوم أنه به تبين زوجته وتحرم عليه ، فيقولون إن طلاقه واقع والقانون المصري على أن طلاق المص لا يقع منه ولا من وليه .

(٢) العقل : العقل آلة يعرف به المرء الحق من الباطل ، والخطأ من الصواب ، ومن الظلم أن يسأل من لا عقل له ، ومن الغيب أن تسبح تصرفات غير العقلاء .

وقد ذهب الفقهاء إلى أن ناقص الأهلية، وعدم الأهلية كلاهما لا يعتمد بتصرفاته، وبالتالي لا يصح طلاقه، فالأهلية تمتنع بموانع طبيعية في مقدماتها الصغير، وموانع مرضية على رأسها الجنون .

(أ) طلاق المص :- لا يقع طلاق المص ، فالعنفسل والبلوغ شروط لا بد منها في المطلق ، وعلى الرأى الراجح ، وطبقا لما عليه القضاء المصري فإن طلاق المص لا يقع حتى ولو كان مبرا بالنساء .

(ب) طلاق المجنون :- الجنون اختلال في ملكة التمييز عند الإنسان ، تجعله لا يعرف الحسنة من القبيح ، ولا يقدر العواقب فهو آفة في العقل تجعله غير أهل للتكليف .

والجنون نوعان ، جنون مطبق يمثل حالة مستمرة تتلبس بالإنسان في كل حياته وبالتالي تبطل كل تصرفاته ومنها الطلاق ، فالفقه والتشريع المصري يقرران عدم وقوع طلاق المجنون .

وجنون منقطع :- وهو الذي يغيب فيه العقل حينها ، ويحود صاحبه كما كان عاقلا أحيانا كثيرة . وحكم الطلاق في هذه الحالة أنه واقع في حالة الإفاقة ، غير واقع في حالة الجنون ، والعلامة واحدة هي بقاء العقل في الأولى ، وفيا به في الثانية . فحيثما زول الأهلية أو تنقص لا يقع الطلاق .

وقد الحق الفقهاء بالمجنون النائم ، والنفس عليه والمد هو .

(ج) طلاق المعتوه :- المعتوه - كما يقول ابن عابد ين -

شخص قليل الفهم ، مختلط الكلام ، فاسد التدبير ، لكن لا يضرب ولا يشتم بخلاف المجنون . وأيضا لا يقع طلاق المعتوه فقهاً وقانونياً لفساد العقل الذي هو مناط التكليف ، ومصدر صحة التصرفات أو اعتبارها شرعاً .

والرأى عندى أن الجنون والعتة حالتان مرضيتان لا تثبتان فى حق أحد بغير رأى المختص وهم أهل الخبرة فى هذا المجال . فلا يثبت الجنون بحكم الرجل العادى فقد يدعى الشخص الجنون أو العتة فيتخلص من المسئولية عن تصرفاته ومن بينها الطلاق ، فكل إنسان بلغ سن العقل طلاقه واقع نافذ حتى يثبت بالدليل سلس القاطع أنه مجنون أو معتوه ، أما الصغير فهو واقعة مادية ظاهرة تثبت بواقعة الميلاد .

(د) طلاق السكران :- السكرانية فى العقل ، وحدها

عند ابن حنيفة ألا يعلم الأرض من السماء ، وعند أبى يوسف ومحمد والشافعى : هو أن يختلط كلامه .

ولأنه غيبوبة فى العقل ، ونقص فى الإدراك والسكر

نوحان : سكر اختيار وسكر إضطراب .

الأول : سكر الاضطراب : وهو أن يتمطل العقل عن العمل بفعل مباح كشراب الخمر للتداوى ، متى تعين الضرر علاجا يقول به طبيب ثقة ، وهذه الحالة لا يقع فيها الطلاق باتفاق الفقهاء .

فإذا كان السكر عن جهل أو إكراه ، فالجهر ومفسد الحنفية يرون أن الطلاق هنا لا يقع أيضا ، لأنه أشبه بالنائم ، بل إن عدم وقوع طلاق السكران في هذه الحالة أولى من عدم وقوع طلاق النائم ، لأن النائم ينتبه بالتهويه وليس كذلك السكران .

وهذا الرأي صحيح في المنقول والمعقول .

والثاني : سكر الاختيار : وهو السكر بمحظوره حيث يصبح متعمدا مسكرا ، وطلاق السكران باختياره واقع عند جمهور الفقهاء رغم غياب عقله مسكرا .

وقد سبق لنا في رسالتنا للدكتوراه عن أساس المسؤولية الجنائية أن حققنا هذه المسألة واثبتنا إلى أن العقل هو أساس التكليف ، وفيما به هو علة عدم صحة تصرفات السكران ومن بينها طلاقه ، ولا فرق بين سكر بمحظور أو عن معصية وسكر بخير ذلك .

والسكر له عقوبته المحددة في الشريعة ، فلا تثبت عليه عقوبة

أخرى .

والرأي عندى أن طلاق السكران - اضطرابا واختيارا - لا يقع ، وقد أجاز ذلك المشرع المصري في القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ مخالفا مذهب الأحناف ونص المادة الأولى منه على أنه لا يقع طلاق السكران .

(هـ) طلاق المدهون :- هو حالة من الأفعال المفاجي^ة تضرب فيها الأقوال والأفعال ، وحكمة في الفقه الراجح عدم وقوع طلاقه ، وهو ما اختاره مشرع قانون الأحوال الشخصية الذي أفسره مجمع البحوث الإسلامية .

(و) طلاق الغضبان :- الأصل في الفقه أن الغضب لا أثر له في صحة التصرفات الشرعية ومنها الطلاق ، إلا أن الغضب الذي يصل إلى حالة الدهش لابد أن يؤثر في تصرفاته - وهذا هو الحق والعدل - وقسم ابن القيم الغضب أقساما ثلاثة نقلها عنه ابن عابدين وخلق عليها فقال ، طلاق الغضبان ثلاثة أقسام :
أحدهما : أن يحصل له مبادئ الغضب بحيث لا يتغير عقله ، يعلم ما يقول ويقصد ، وهذا لا إشكال فيه ، بل طلاقه واقع .

الثاني : أن يبلغ النهاية ، فلا يعلم ما يقول ولا يقصد ، فهذا لا ريب أنه لا ينفذ شيء من أقواله ومنها الطلاق .

الثالث : من توسط بين المرتبتين بحيث يصير كالجنون ، فهذا محل النظر والأدلة تدل على عدم نفوذ أقواله بقول " ابن عابدين " والذي يظهر لي أن كلا من المدهون والغضبان لا يلزم فيه أن يكون بحيث لا يعلم ما يقول ، بل يكفي فيه بغلبة الهذيان .

وهذا ما رآه الفقه السني المعاصر في مشروع الأحوال الشخصية ، ونص على عدم وقوع طلاق الغضبان .

(٣) القصد والاختيار :-

والشرط الثالث من شروط المطلق أن يكون لديه قصد واختيار،
والقصد هو اللفظ الموجب للطلاق من غير إجبار.

وهذا الشرط يقتض عرض موقف الفقه من طلاق المكره،
والمخطئ، والهازل، والسفيه والمريض.

(أ) طلاق المكره :- ويقصد به حمل الرجل المتيقن

على الطلاق بالإجبار بأداة ترهبه في نفسه أو عياله أو ماله، وقصد
ذهب جمهور الفقهاء على أن طلاق المكره يقع إذا كان الإكراه
مديداً وذلك استناداً لقوله صلى الله عليه وسلم " لا طلاق رِيءٍ
في أغلاق " أي إكراه، وقوله صلى الله عليه وسلم : " إن الله وضع
عن أمي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه "، وهذه الحكم انعدام
القصد والارادة، وهذا كله عند الإكراه بغير حق، أما الإكراه
بحق كان يجبره القاضي على الطلاق فيقع طلاقه بالاجماع أما الأحناف
فيرون وقوع طلاق المكره. ورأى الجمهور هو الأقوى دليلاً والأرجح
منطقاً، وقد اختاره مخرج القانون الجديد للأحوال الشخصية
فمن المخرج " على أن طلاق المكره لا يقع ".

(ب) طلاق المخطئ :- المخطئ شخص جرى لفه

الطلاق على لسانه بلا نية ولا قصد، فقد أراد لفظاً ونطقاً بغيره،
وقد ذهب جمهور الفقهاء على عدم وقوع هذا الطلاق قضاءً وديانةً
من جهة الخطأ، ويرى الأحناف أن طلاق المخطئ واقع قضائاً.

ولا يقع ديانة، سواء ثبت خطأ أم لا • وهدفهم في إيقاعهم سد الذريعة
وفتح باب الإدعاء بغير حق للتخلص من وقوع الطلاق •

(ج) طلاق الهازل :- الهازل يقصد اللفظ ولا يقصد

النتيجة، يقصد التلفظ بالطلاق، ولا يريد إيقاعه، وقد اتفق الفقهاء
على صحة طلاق الهازل لقول الرسول صلى الله عليه وسلم " ثلاث
جد هن جد، وهزلهن جد : النكاح والطلاق والرجعة " •

فالهازل قصد اللفظ الذي ربط الشارع به وقوع الطلاق،
فيقع الطلاق بوجوده مطلقا • فالهازل يقصد اللفظ، ولا يقصد الأثر
المترتب عليه، فالقول بوقوع طلاق الهازل هو الموافق لصحيح المقول،
وسريح المعقول •

(د) طلاق السفه :- السفه - كما في موسوعة الفقه -

خفة في العقل تدعو إلى التصرف بالمال على غير العقل والشرع،
وقد ذهب جمهور الفقهاء إلى وقوع طلاق السفه، لأنه من مال
لمحل الطلاق • ولأن السفه موجب للحجر على المال، وهذا
تصرف في النفس، وهو غير متهم في حق نفسه، فإن نشأ عن طلاق
السفه آثار مالية كالْمهر فتهنئ بلا أسل، والسفه له أن يزوج نفسه
فله أيضا أن يطلق من باب أولى •

(هـ) طلاق المريض مرض الموت :- مرض الموت هو السبى

يغلب على صاحبه الهلاك، وتتمليه واقعة الموت، وقد رأى الفقهاء

في مرض الموت حال فقد تؤثر على القصد والاختيار ، وشبه التساؤل
حول صحة بعض التصرفات • خاصة طلاق المريض مرض الموت • ومجمل
آراء الفقهاء ما يلي :-

الأصل أن طلاق المريض واقع وتصرفه صحيح ، سواء كان العرض
عاديا أو مرض الموت ، إلا أنه طلاق المريض مرض الموت له أحكام خاصة
رغم وقوع طلاقه •

فإذا كان الطلاق رجعيا فلا أثر له على ميراث الزوجة ، لأنسه
طلاق لا يزيل الزواج في الحال • فترث منه في الطلاق الرجعي وميراث
منها •

أما الطلاق البائن بينونة صغرى أو كبرى فرأى جمهور
الفقهاء أن الزوجة المدخول بها إذا طلقها الرجل في مرض الموت
بغير طلب منها أو رضا طلاقا بائنا ، ثم مات وهي في عدتها منه ،
يكون فارا من إرثها حكما ، وترث منه رغم وقوع الطلاق في الحال •

ويرى الشافعية عدم إرث المعتدة من طلاق بائن فسخي
كل الأحوال ، ووضح أن رأى يتطبق بشرطين :-

الشرط الأول : أن المطلقة البائنة لا ترث إلا إذا كانت

أهلا للميراث من وقت الطلاق إلى وقت الوفاة ، فلو كان بها مانع
ميراث كالقتل أو اختلاف الدين فلا ترث حتى لو طلق في مرض
الموت •

**الشرط الثاني : ألا تكون الزوجة قد طلقت طلاقاً بائناً
بناءً على طلبها ذلك من الزوج .**

صرى ابن حزم أن طلاق المريض واقع سواء كان في معرض
الموت أو في غيره ، فلم يأت عند ابن حزم نص من الكتاب والسنة
ما يفرق بين طلاق المريض وطلاق الصحيح .

المطلب الثاني

من يقع عليها الطلاق

أولاً : محل الطلاق :-

لا يقع الطلاق على أمة امرأة ، بل محله الزوجة في زوجية
صحيحة ، سواء كان قبل الدخول أو بعده ، فالطلاق أثر من آثار
العقد الصحيح ، وترتب على ذلك ما يلي :-

- (١) لا يقع الطلاق في الزوج الفاسد ، بعد لفظ الطلاق فيه
مشاركة ، لا تحسب من عدد الطلقات التي يملكها الرجل ،
لأن الفرقة هنا ليست طلاقاً ، وكما جاء في " رد المختار "
لا ين عايد من " أن المتزوجة بعقد فاسد لو طلقها الرجل
ثلاثاً ، له أن يتزوجها بلا محلل ، لأن الطلاق لا يتحقق
في الزوج الفاسد ، ولذا لا ينضم به العدد فهو مشاركة
لا طلاق .

(٢) لا يقع الطلاق على المرأة بعد الوطء بشبهة ، لانعدام

الزوجية أصلاً ، والطلاق لا يرد إلا على عقد زوج صحيح .

(٣) جمهور الفقهاء على أن المرأة المعتدة من طلاق رجعي

يقع عليها الطلاق ، لأن الطلاق الرجعي لا ينهي العلاقة

الزوجية قبل انقضاء العدة .

(٤) جمهور الفقهاء على عدم وقوع الطلاق على المعتدة من

طلاق بائن سواء كانت البينة كبرى أو صغرى ، لانقضاء

الزواج في الحال بالطلاق البائن حتى مع بقاء العدة .

ويرى الأحناف أن المرأة في عدة الطلاق البائن • بينونة

صغرى لا تزال زوجة من وجه فيقع عليها الطلاق • ورأى الأحناف

يفرق بين المرأة المدخول بها ، والمطلقة قبل الدخول ، الأولى

يقع عليها الطلاق في العدة من طلاق بائن بينونة صغرى ، والثانية

لا يقع عليها الطلاق لأن المطلقة قبل الدخول لا عدة لها .

ثانياً : الشروط المتعلقة بالمطلقة :-

يشترط في المرأة التي يقع عليها الطلاق ، عدة شروط

هي :-

(١) قيام الزوجية حقيقة أو حكماً :-

والزوجية الحقيقية تعني حياة زوجية العشرة فيها مستمرة ،

والعلاقة فيها طبيعية بين الزوجين ، والزوجية القائمة

حكماً تعني المرأة المعتدة من طلاق رجعي • أما المعتدة

من طلاق بائن فقد عرضنا للخلاف الفقهي حولها • وهذا

هو حكم الطلاق المنجز، أما الطلاق المعلق على شرط، فإذا كان عند التعليق زوجة صح الطلاق • أما المرأة الأجنبية عند التعليق ثم تزوجها الرجل، ثم حصل الشرط المعلق عليه، فإن اضمحلت التعليق إلى النكاح كأن قال الأجنبية إذا تزوجتك فانت طالق، ثم تزوجها طلق منه عند الأحناف والمالكية، ولا تطلق عند الشافعية، وإذا أضافه إلى غير النكاح، بأن قال للأجنبية: إن دخلت دار فلان فانت طالق، ثم تزوجها، ثم دخل، لم تطلق بالاتفاق بين الفقهاء، وكذلك إذا دخلت الدار قبل الطلاق من باب أولى •

(٢) تعيين المطلقة بالإشارة أو بالنية :

الرجل قد يتزوج بواحدة، وقد تعدد زواجه إلى أربعة وهو اقصى عدد يجسه الرجل في زوج قائم، فإذا طلق زوجته وهي واحدة فقد تعين مطلقا ومعنى حيث لا توجد زوجة غيرها، والخلاف يحدث عند تعدد الزوجات، وطرق التعيين في هذه الحالة ثلاثة الإشارة، والوصف، والنية التمسح يفسح عنها الزوج بعد ذلك •

— وقد اتفق الفقهاء على أنه إذا عين الرجل زوجته المطلقة بالإشارة والنية وقع الطلاق على المبيعة وطلق بالاتفاق •

وإذا أشار إلى واحدة من زوجاته دون أن يصفها، ودون أن ينوي غيرها، وقال لها أنت طالق وقع الطلاق بالاتفاق أيضا • وكذلك إذا وصفها دون إشارة ودون قصد غيرها فإنها

تطلق ، فان نوى طلاق واحدة من نساءه دون وصف أو إشارة كما
إذا قال إحدى نسائي طالقة ، ونوى واحدة منهن ، فإنها تطلق
دون غيرها •

وهذا المبحث دقيق فيه خلاف بين الفقهاء ، أمرنا فقط
إلى طرف منه ، أما تفصيلاته فقد تناولتها كتب الفقه ونمود إليها
عند الحديث عن الصيغة التي يقع بها الطلاق •

—•—•—•—•—

المبحث الثاني

ما يفسع به الطلاق

الطلاق يفهم على الزوجية ، ويتم بكل فعل مفهم أن الطلاق هو المقصود ، وصور التعبير عن إرادة الطلاق متعددة ، فقد تكون العبارة أو الكتابة أو الإشارة ، كما أن صيغة مختلفة فقد يكون الطلاق باعتبار صيغته منجزا ، أو معلقا على شرط ، أو مضافا إلى زمن مستقبل ، وكلها صيغ تصلح للطلاق على عكس الزواج السدي يبطل إذا لم يكن منجزا في صيغته .

ونقسم هذا المبحث إلى مطلبين :-

المطلب الأول : صور إرادة الطلاق

المطلب الثاني : صيغة الطلاق

المطلب الاول صور إرادة الطلاق

العبارة والكتابة والإشارة، كلها صور للتعبير عن إرادة الطلاق،
أباحها الشارع وأجازها الفقه والقانون، ولكل من هذه الصور
شروط لابد من توافرها ليصح التعبير عن الإرادة، والثاني يوضح
الطلاق.

أولاً: شروط العبارة :-

العبارة ألفاظ منطوقة لها دلالة صريحة على ما يريد منها
صاحبها :-

(١) العلم بحصول اللفظ وفهم معناه :-

اللفظ حادث، ولا بد من العلم بحصوله إن قطعاً أو ظناً .
سواء كانت دلالة اللفظ صريحة أو كناية، فالنية وحدها دون التعبير
الخارجي عن الإرادة لا يقع بها طلاق، لا قضاء ولا ديانة، ولكنها
قد تكون شرطاً لوقوع الطلاق، والطلاق بالعبارة له صورتان
صريح وكنايى .

(١) الطلاق الصريح :- ويدل عليه ألفاظ وضعت فصي

اللغة والاصطلاح للتعبير عن الطلاق، أو أصبحت كذلك بتخصيص
العرف، والأولى مثالها لفظ الطلاق وما يتفرع عنه وشتى منسبه،
والثانية مثالها قول الرجل لزوجته حرمت على أو أنت على حرام
أو محرمة.

واللفظ الصريح من الزوج يقع به الطلاق متى توافرت فيه
الشروط الأخرى من بلوغ وعقل وقصد ، ولا يحتاج إلى نية ، بشرط
أن ينطق الزوج بلفظ الزواج مضافاً إلى زوجته ، فلو لقن غير العرس
الذي لا يعرف العربية لفظ الطلاق وهو لا يعرف معناه ، فقال له
ليقع به الطلاق ، وكذلك لو لقن العربي لفظاً بلغة لا يعرفها
يفيد الطلاق ونطق به لا يقع به شيء لا طلاق ولا غيره ، ولا يشترط
العربية في اللفظ فيكفي أن يكون مفهوماً للزوج الذي تلفظ به ،
ولا يشترط أن يكون مفهوماً للزوجة لأن الطلاق تصرف انفرادي وليس
عقد يحتاج إلى رضا وقبول ، وهو تصرف انفرادي لا يتوقف وقوعه
على قبول من الزوجة ، فالطلاق واقع أراد أم لم ترد ، وافق
أو رفض . وإذا لدى المرء التفسير بالطلاق ثم لم يتلفظ
به لم يقع بالاتفاق ، لأن اللفظ لا يوجد بالنية ، وإنما بالتعبير
عنه وإذا حلف المطلق بشيء ثم شك أن حلفه بطلاق أم بغيره ،
فإنه لغو ولا يقع به شيء ، وكذلك إذا شك أطلق أم فإنه لا يقع
به شيء من باب أولى ، فإن ثبت أن أوطن أنه طلق ثم شك في العدد
أطلق واحدة أو اثنتين أم ثلاثاً ؟ ينى على الأقل لحصول اليقين
أو الظن به والشك فيما فوقه ، والشك لا يثبت به حكم شرعي بخلاف
الظن واليقين .

(١) الطلاق الكنائى :-

وكون بالألفاظ التى لم توضع للطلاق أصلاً ، ولم تخصص له بعرف ، ولكن اقترن به ما جعله يفيد الطلاق ، أو يحتمل إرادته ، وحكمه أنه لا يقع به الطلاق إلا بالنية ، فإذا تجرد منها فليس له أثر ولم يقع به شئ ، والأحناف يرون أن دلالة الحال قد تنسب من النية فى بعض حالات الطلاق ، فالطلاق الكنائى يقع عند مسلم بأمين ، النية أو دلالة الحال ، والقانون المصرى المعمول به الآن لا يرى وقوع الطلاق بالكناية بدلالة الحال ، بل يشترط نفسى كل الأحوال نية المطلق وقد نساء المادة الرابعة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ فى مادتها الرابعة على ما يلى :-

كنايا الطلاق ، وهى ما يحتمل الطلاق وغيره لا يقع به طلاق إلا بالنية ، والنسب عدل به المشرع عند مذهب الأحناف ، وأخذ بمذهب مالك والشافعى .

(٢) نية وقوع الطلاق باللفظ :-

وهذا هو الشرط الثانى فى العبارة ، وسجل عليه الكنائسى من الألفاظ ، أما الألفاظ المريحة فى التعبير عن الطلاق فيقع بها بغير حاجة إلى النية ، ووقع القرائن والأحوال والعرف مقسام النية فى الكنايات عند الأحناف والحنابلة ، ولا عبرة بها عند المالكية والشافعية وهما أخذ به القضاة فى مصر بعد القانون رقم ٢٥ لسنة

لسنة ١٩٢٩ وهل يقع الطلاق بلفظ لا يحتمل الطلاق أصلا لا كتابية ولا تصريحاً ؟ كقول له اسقني ماءً إن لم ينوبه الطلاق لا يقسم به شيء بالاجماع ، وإن نوى به الطلاق وقع به الطلاق عند المالكية في المشهور عندهم ولا يقع به شيء على مذهب الجمهور ، وهو قول ثان عند المالكية .

• رأى الجمهور هو الذي يوافق المنقول والمقول .

ثانياً : شروط الكتابة :-

قد لا يلفظ الزوج بالطلاق ، لعجز أو عدم رغبة ، فالكتابة يمكنها أن تحل مكان الألفاظ في التعبير عن إرادة المطلق بالشروط الآتية :-

(١) أن تكون الكتابة مستبينة :-

وقصد بها أن تكون مكتوبة على شيء ظاهر باق ، لا به صورة تعبير ودليل اثبات ، وإنما على هذا الشرط فإن جمهور الفقهاء يرى أن الكتابة غير المستبينة كمن يكتب على الماء أو في الهواء لا يقع بها طلاق ، فهي لغو لا يثبت بها شيء .

(٢) أن تكون مرسومة :-

وهذا الشرط الثاني في الكتابة حتى يرتبط عليها أثرها ، والكتابة المرسومة هي التي تكون لها وجهتها وان كان يكتب الزوج إلى الزوجة كتاباً بعنوانها ورسله إليها وفيه إذا وملك كتاباً بهذا

فانه طالق ، فالكتابة هنا مرسومة صريح بها الطلاق كأنها القسط
 صريح دون حاجة إلى النية ، وإذا كانت الكتابة بغير عنوان الزوجية
 لا يقع الطلاق حتى مع سراحة اللفظ إلا إذا قال نية الطلاق ، وذلك
 لأن الكتابة في هذه الحالة تحتل أنه يريد الطلاق ، وتحتل أنه يريد
 التبرين على الكتابة ، فلا يتعين أحد الاحتمالين إلا بنية الزوج .

ثالثا : شروط الإشارة :-

الإشارة دائما بدل ، فهي لا تقبل في كل الأحوال ، فإذا
 كان المطلق قادرا على النطق لا يقع طلاقه بالإشارة ، لأنه لا تكسبون
 بدلا عن العبارة إلا عند المعجز المطلق منها . وخالف في ذلك
 المالكية .

أما الآخرى الذى لا يقدر على النطق ، فقد اختلفوا في إشارته
 إذا كان يحسن الكتابة ، فالجمهور يرى وقوع الطلاق بإشارته ،
 والأحناف اشترطوا لوقوع عجزه عند الكتابة .

وتجده الفقه المعاصر في مشروعات القوانين الخاصة بالأحوال
 الشخصية في مصر إلى أن الطلاق لا يقع بالكتابة إلا للمأجر عن العبارة ،
 ولا يقع بالإشارة إلا للمأجر عن العبارة ، وهو أنجباء
 محدود فيه أعداد بالدلالة الأقوى ، بدلا من تقسيم الإشارة إلى
 مفهومة وغير مفهومة وقد دار الخلاف حولها في المذاهب الفقهية ،
 وقالوا إذا كانت الإشارة مفهومة يقع بها الطلاق بغير نية ، وإذا
 كانت غير مفهومة وقع الطلاق بشرط النية ، وهذا التفرع لا يلائم

الواقع لا تسمية الأخرى فيها سوى ، وقد يفهمها بعض من يراها ولا يفهمها البعض ، فهي أشبه باللغة التي يختلف الناس في إجادتها والانسجام انتهى إليه في هذا الشأن مشروع قانون الأحوال الشخصية الذي أقره مجمع البحوث الإسلامية حيث نص فسخ المادة ١٠٦ منه على وقوع طلاق العاجز عن الكلام والكتابة بإمارته المفهومة .

المطلب الثاني

صفة الطلاق

الأصل في الطلاق التنجيز ، إلا أنه يقبل الإضافة والتعليق
بإتفاق الفقهاء ، وهو في هذا يختلف عن الزواج الذي لا يقبل الإضافة
ولا التعليق ، بل لابد أن تكون صفة منجزة في كل الأحوال ، والطلاق
باعتبار صفة ينقسم إلى طلاق منجز ، وطلاق مضاف ، وطلاق معلق .

أولاً : الطلاق المنجز :-

الطلاق المنجز هو الذي خلت صفة من التعليق أو الإضافة ،
وقصد صاحبه وقوعه في الحال ، ومثاله أن يقول الرجل لزوجته أنت
طالق ، وحكم الزواج المنجز ما يلي :-

- (١) أنه ينعقد سبباً للفرقة بين الزوجين في الحال ، متى صادف
محلاً له .

- (٢) أنه ترتب عليه آثاره على الفور ، فلا تتراخى إلى زمن مستقبل .

طالما توافرت شروطه ، وصح صدوره من المطلق .

ثانياً : الطلاق المضاف :-

وهو ما اقترنت به صفة بوقت يقصد وقوع الطلاق فيه ، كقولها
أنت طالق آخر الشهر ، أو في الشهر القادم ، وعشروط فيه ما يلي :-

(١) أن تكون المرأة محلاً للطلاق عند عدم صيغة الطلاق
المضاف .

(٢) أن تظل محلاً للطلاق حتى حلول الوقت الذي أضيف إليه
الطلاق .

وحكم الطلاق المضاف عند جمهور الفقهاء ، أنه ينعقد
سبباً للفرقة في الحال ، ولا يقع به الطلاق إلا عند حلول أجله . فإذا
قال لها أنت طالق آخر الشهر ، فلا تطلق حتى ينتهي الشهر ، وهي
قبل ذلك زوجة لها كل حقوق الزوجة ، وعليها كل واجبات الزوجية ،
وتحكمها كل قواعد الحياة الزوجية .

وذهب المالكية إلى أنه إذا أضاف طلاقه إلى زمن مستقبل
كما قال لها أنت طالق بعد سنة ، طلقه للحال منجزاً ، وكذلك
إذا أضافه إلى زمن ما حتى قاصداً إلا نساءً ، كقوله أنت طالق أمس
فإنه تطلق في الحال .

ثالثاً : الطلاق المعلق :-

الطلاق المعلق هو ما جعل الزوج فيه حصول الطلاق
معلقاً على حصول شيء آخر .

وقد يكون الشيء الآخر فعلاً للطلقة أو المطلق ، أو لم يكن
فعل أحد كأن يقول لها أنت طالق إذا طلعت الشمس .

فإذا كان فعل المطلق أو المطلقة مني يعنينا لدى الجمهور
حجازا ، وذلك لما فيه من معنى القسم . وإذا كان معلقا لا فلسفيا
فعل أحد فهو التعليق الحقيقي لا نقاشا معنى اليمين . وقسند
أتفق جمهور الفقهاء على صحة تعليق الطلاق وبين الطلاق . فإذا
حصل الشرط المعلق عليه وقع الطلاق .

(أ) شروط صحة التعليق :-

يشترط لصحة التعليق ، ووقوع الطلاق به ثلاثة شروط

هي :-

- (أ) أن يكون الشرط المعلق عليه معدوما عند التعليق ، ويمكن
أن يوجد في المستقبل ، فإن كان التعليق على أمر موجود
فعلا فهو طلاق منجز حقيقة معلق صورة .
- (ب) أن تكون المرأة المرأة عند صدور الميعة محلا للطلاق
بأنه تكون في غيبته ، أو في عدة من طلاق رجعي أو بائن
بينونة صغرى ، وإلا لا يصح التعليق لأنها تكون أجنبية
عنه ، حتى ولو كانت في عدة طلاق بائن بينونة كبرى .
- (ج) أن تظل كذلك حتى حصل المعلق عليه ، فلو طلق طلاقا
منجزا قبل حصول الشرط وبعد انقضاء العدة ، فالطلاق
المعلق لا يقع لأنه لم يصادف محلا ، فقد أصبحت المرأة أجنبية
عنه .
- (د) أن يكون التعليق محتملا بالكلام ، ولا يتعد به المجازاة ، فإذا
لم يتصل التعليق بالكلام لنا التعليق بوقوع الطلاق منجزا ،

وإذا قصد بالتعليق المجازاة ، وقع الطلاق منجزاً وترتب عليه
أثره في الحال .

(٢) يمين الطلاق : وهو غير التعليق ، ويقصد به الزوج تقوية
عزيمته على اتيان أمر معين أو تركه ، فيحلف بالطلاق بسبب لا
من الحلف بالله تعالى ، ومثاله أن يقول الزوج على الطلاق
لأفعلن كذا فدا أو بعد غد ، أو على الطلاق إذا زرع
فلان أو ثلاثة ، فما حكم هذه الإيما ن ؟

للإجابة على هذا السؤال - كما يقول الدكتور يوسف موسى -
ينبغي أن نذكر أن الطلاق لم يشره الله تعالى لمثل هذه الأغراض ،
بل لحل رابطة الزوجية ، ولذلك ينبغي ألا يقع الطلاق بسبب هذه
الإيما ن أمثالها . متى كان القصد منها ليس الطلاق ، وهذا ما أخذ
به القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ، فقد منع وقوع الطلاق في هذه
الحالات ، مادام الزوج لا يقصد وقوع الطلاق ، بل التهديد والتخوف
والحمل على فعل شيء أو تركه ، ولهذا نصت المادة الثانية من
هذا القانون الذي يحكم القضا المصري في الأحوال الشخصية
" لا يقع الطلاق غير المنجز - أي المعلق - إذا قصد بسببه
الحمل على فعل شيء أو تركه لا غير " .

المبحث الثالث

أنواع الطلاق وطرق إثباته

ينقسم الطلاق إلى أنواع، وتتعدد طرق إثباته في الشرع والقانون،
فينقسم باعتبار حظره إلى طلاق سني، وطلاق بدعي وينقسم باعتبار
صيفته إلى منجز ومضاف ومعلق، وقد بالغنا ذلك في المباحث السابقة
كل في مكانه، كما ينقسم الطلاق باعتبار أثره إلى رجعي وهائن.
أما إثبات الطلاق فله صور عديدة منها الإشهاد، ومنها التوثيق
ولكل أحكام في الفقه ونصحه في مواد الأحوال الشخصية.

وينقسم هذا المبحث إلى مطلبين :-
المطلب الأول : أنواع الطلاق باعتبار أثره .
المطلب الثاني : ما يثبت به الطلاق .

المطلب الأول

أنواع الطلاق باعتبار أثره

ينقسم الطلاق باعتبار أثره إلى نوعين ، طلاق رجعى ، وطلاق بائن ، والبائن له صورتان ، البائن بينونة صغرى ، والبائن بينونة كبرى ، ولكل أحكامه ، سواء فيما يتعلق برفع آثار الزواج ، أو بإمكانية استئناف الحياة الزوجية .

أولا : الطلاق الرجعى :

وهو ما يجوز معه للزوج رد زوجته إلى عصته ، من غير استئناف عقد ، أى بدون عقد جديد ، وللطلاق الرجعى صورتان هما :-

١ - ما لا يفتر إلى نية فى وقوعه ، وهو الذى يكون بألفاظ الطلاق الصريح ، والتى لا تستعمل فى سواه ، كانت طالق ، وأنت مطلقه ، وشروط ألا يوصف الطلاق بالشدة أو العظم ، كانت طالق أشد الطلاق ، لأنه فى هذه الحالة يقع بائنا .

٢ - ما يفتر إلى النية فى وقوعه ، وهى التى يجىء فى لفظ اعتدى أو استبرئى رحمك أو أنت واحدة ، فهذه الألفاظ وإن كانت من كنايات الطلاق إلا أن الطلاق لا يتم بها إلا إذا نواه المطلق ويقع رجعىا .

وقد نصت المادة الخامسة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ على ما يلى " كل طلاق يقع رجعىا إلا المكمل للثلاث ، والطلاق قبل الدخول والطلاق على مال ، وما نص على كونه بائنا فى هذا القانون والقانونون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ " وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية أن القانون أخذ

بمذهب الامامين مالك والشافعي في أن كل طلاق يقع رجعيا إلا ما استثنى في المادة الخامسة .

ويترتب على الطلاق الرجعى ما يلى :-

١ - بقاء الزوجية كما هى ، لأن الطلاق الرجعى لا يرفع قيد الزواج فى الحال بل بالمآل ، فيبقى الزوج زوجا له وله حصيل الاستمتاع عند جمهور الفقهاء إلا الشافعى الذى يرى أن الطلاق الرجعى يزيل حل الوطء إلا إذا راجع الزوج زوجته .

٢ - ومن أحكام الطلاق الرجعى ، نقصان عدد الطلقات التى يملكها الزوج على زوجته ، فإذا طلقها واحدة ثم راجعها بقيت عليه لها تطليقتان ، وإن طلقها اثنتين ثم راجعها لم يبق له إلا طلاق واحدة ، وإن طلقها بعد المراجعة الثانية فقد استكمل الثلاث التى له ، ولم يبق له شئ .

٣ - من أحكام الطلاق الرجعى باتفاق الفقهاء ، وهو ما يترتب على القول ببقاء الزوجية فى الطلاق الرجعى طالما كانت الزوجة فى العدة - أن يتم التوارث بين الزوجين إذا مات أحدهما قبل انتهاء العدة ، ولا يحل مؤجل العداق إلا بعد انقضائها ، وليس للزوج أن يتزوج أحدا من محرمات الزوجة كأختها ، وكل ما لا يجوز الجمع بينهما وبين هذه المطلقة فى عصمة واحدة طالما لم تنته العدة ، لبقائها الزوجية بكافة أحكامها .

٤ - ومن أحكام الطلاق الرجعى أن الزوج يستطيع استئناف الحياة الزوجية مع مطلقته رجعيا وهى فى العدة ، بغير مهر جديد ، ومدون عقد جديد ، ومدون رضاها ، وتلك هى الرجعة أو المراجعة .

أحكام الرجعة فى الفقه والقانون :

أ - أحكام الرجعة فى الفقه الاسلامى :

الرجعة - على رأى القائل بأن الطلاق الرجعى يترتب عليه الطلاق فى المآل - هى استدامة الملك ومنعه من الزوال ، فهى ليست لإنشاء لعقد زواج جديد ، فلم يشترط فيها مهر جديد ولا رضا جديد وهى عند الشافعية رد المرأة إلى الزواج من طلاق غير بائن على وجه مخصوص " والدليل على مشروعية الرجعة قوله تعالى فى سورة البقرة " والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء ، ولا يحل لهن أن يكتمن ما خلق الله فى أرحامهن إن كن يؤمن بالله واليوم الآخر ، ومعتقتهن أحق بردهن فى ذلك إن أرادوا إصلاحا " -

فآية تشير إلى أمرين هما : استمرار الحياة الزوجية ، وحقوق الزوج فى المراجعة . وفى السنة أدلة كثيرة على مشروعية الرجعة منها ما روى أن الرسول عليه السلام أمره الله بمراجعة حفصة لما طلقها .

وأحكام الرجعة من النظام العام الاسلامى ، فلا يملك الزوج إسقاط حقه فيها ولو بالاتفاق ، وما يجزى خلاف ذلك باطل لا أثر له .

والرجعة تتم بالقول والفعل ، وقد اختلف الفقهاء فى حكم كل منهما .

الرجعة بالقول :

بإخلاف بين الفقهاء على أن الرجعة تتم باللفظ الصريح الذي لا يحتمل إلا معنى الرجعة كقول الزوج راجعت زوجتي إلى عصمتي .
أما الألفاظ غير الصريحة التي تدل على الرجعة كقوله أنست امرأتي ، أو لا أتركك ، فهي رجعة صحيحة بشرط نية الرجعة من الزوج . وهذا ما يراه الأحناف والمالكية والشافعية ، والحنابلة في رواية لهم . ويرى الظاهرية ، والشيعة والحنابلة في رواية أن الرجعة لا تصح باللفظ غير الصريح لدخول الاحتمال فيه ، وإعلام الزوجة الغائبة بالرجعة مهم ، وهو واجب عند البعض ، ومنه وبعبارة الآخرين .

الرجعة بالفعل :

الرجعة بالفعل هي الاتصال بالزوجة وما يسبقه وما يتربى عليه . وقد اختلف الفقهاء في صحتها .
فالشافعية والظاهرية لا تصح المراجعة عندهم بالفعل ، لأن الوطء قبل المراجعة حرام ، والرجعة نعمة والنعمة لا تنال بمحظور . ويرى جمهور الفقهاء منهم المالكية والحنابلة والشيعة أن الرجعة تصح بالفعل مع خلاف بينهم حول اشتراط النية ، ويفرق الأحناف بين المراجعة بالفعل من جهة الزوج ، ومن جهة الزوجة ، فإذا راجع الزوج زوجته بالفعل ، صحت قولا واحدا ، وإذا جاء الفعل من قبل الزوج ، ولم يمانع الزوج فالرجعة صحيحة بالاتفاق ، أما إذا امتنع الزوج

أوتيت المراجعة دون علمه، فالرجعة تصح عند أبي حنيفة ومحمد
ولا تصح عند أبي يوسف.

• شروط الرجعة:

الأصل في الرجعة أن تكون بعد طلاق، فالرجعة بعد فرقة
لا تعتبر طلاقاً، وشروطها ما يلي :-
• أن تقع الرجعة في العدة:

لأنه بانتهاء العدة لا تتم مراجعة، ولا تصح رجعة، ولا استئناف
للحياة الزوجية إلا بعقد جديد تتوافر شروطه وأركانه، والمرأة التي
لا عدة عليها كغير المدخول بها لا رجعة عليها، لأن الطلاق قبيل
الدخول يقع بائناً.

• الاشهاد على الرجعة:

جمهور الفقهاء وهم الأحناف والشافعية والمالكية والزيدية
والشيعة الإمامية وأحمد في رواية أن الاشهاد ليس بشرط ولكن
مندوب يستحب فعله.

وذهب ابن خزيمة والشافعية في القديم وأحمد في رواية عنه إلى
أن الاشهاد على الرجعة شرط في صحتها.

• أن تكون الرجعة منجزة:

فإذا جاءت مضافة إلى زمن مستقبل أو معلقة على شرط، لا تصح
الرجعة، فهي أشبه بالزواج الذي تشترط فيه الصيغة المنجزة.

• أن لا يكون الطلاق هو المكمل للثلاث:

لأن الطلاق في هذه الحالة يكون بائنا بينونة كبرى، فلا تصح الرجعة، وتثبت به حرمة مؤقتة، حتى تقطع بزواج صحيح بوجمل آخر.

ب- الرجعة في القانون وفي القضاء المصري:

ليس في القانون المصري نص يتعلق بالرجعة، والقضاء فيها على أرجح الأقوال من مذهب الأمام أبي حنيفة، وعند تتم الرجعة بالقول صريحا كان أو كناهيا كما تتم بكل فعل موجب لحرمة المصاهرة كالانصال الجنسي والتقبيل، والاشهاد على الرجعة ليس بشروط عند الأحناف فتصح بدونه، ولكنها مندوب يستحب فعله منعاً للتجادد، ولا يشترط أيضا علم الزوجة بالرجعة.

وقد أخذ قانون العائلة العثماني برأى الأحناف ونص في الفقرة الثانية من المادة ١١٢ على أن "للزوج حق أرجاع زوجته قولا أو فعلا".

وفي حالة الاختلاف بشأن الرجعة بين الزوجين فهو على صورتين:-

الصورة الاولى: الاختلاف في حصول الرجعة: وله حالتان:
• الخلاف حال العدة: فإذا أدى الزوج أنه راجعها أثناء العدة وأنكرت الزوجة دعواه، فالقول للزوج، لأنه يخبر عن أمر يملك انشاءه في الحال فلا داعي لتكذيبه فيه.

— الخلاف بعد العدة : إذا انقضت العدة ، ونشأ الخلاف في حصول الرجعة ، فالهيئة على مدعى الرجعة فإن لم تكن له بينة ، فالقول للزوجة بيمينها على أرجح الأقوال في مذهب أبي حنيفة .

الصورة الثانية : الاختلاف في صحة الرجعة :

والخلاف هنا لا يثور إلا إذا كانت المرأة من يعتد بالحيف ، وفي هذه الحالة إذا ادعى الرجل صحة الرجعة ، وأنكرت المرأة لحصولها بعد العدة ، فالقول للزوجة بيمينها ، بشرط انقضاء وقبيلت يحتمل ذلك من تاريخ الطلاق ، بأن يكون ستين يوماً فأكثر على الراجح عند الأحناف ، وشكول الزوجة إقرار بدعي الزوج ، وللزوج أن يثبت بالهيئة أنه أرجع زوجته في المدعى فيقضي له ، والرجعة حق ثابت للرجل بنص الشارع ، فلا ينتهي بالامقاط كحق الإرث سواء بسواء .

وقد جاءت أحكام الطلاق الرجعي والرجعة في بعض المدونات المعاصرة على النحو التالي :

• في كتاب تدرى بأشياء : "الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية" مادة (٢٣٠) الطلاق الرجعي بواحدة كان أو اثنتين . . لا يرفع أحكام النكاح ، ولا يزيل ملك الزوج قبل مضي المدّة بل لا تزال الزوجية قائمة مادامت المرأة في العدة ، وإنما تعتكف في بيتها المضاف إليهما بالسكنى ويتدب جعل فترة بيمينها وبين زوجها ، ونفقتها عليه مدة العدة ، ولا يحرم دخول عليهما ولو من غير أذنهما ، ويجوز له الاستمتاع والوقساع ويصير بذلك مراجعاً . وإذا مات أحدهما قبل انقضاء العدة ورثته الآخر ، سواء طلقها زوجها في حال صحته أو في حال مرضه برضاها أو بسدونه .

مادة (٢٣١) كل من طلق زوجته المدخول بها حقيقة تطليقة واحدة رجعية أو تطليقتين . . . فله أن يراجعها ولو قال لا رجعة لي بدون حاجة إلى تجديد العقد الأول، ولا إلى اشتراط مهر جديد مادامت في العدة سواء علمت بالرجعة أو لم تعلم، وسواء رضيت بها أو أبت، ولا يملك الرجعة بعد العدة، ولا رجعة في عدة المطلقة بعقد الخلوة ولو كانت الخلوة صحيحة .

مادة (٢٣٢) تصح الرجعة قولاً براجعتك ونحو خطابها للمرأة أو راجعت زوجتي إن كانت غير مخاطبة، وفعلها بالوقاع ودواعيه التي توجب حرمة المصاهرة ولو اختلاسا منها أو منه .

مادة (٢٣٣) يلزم أن تكون الرجعة منجزة في الحال، فلا يصح إضافتها إلى وقت مستقبل ولا تعليقها بشرط .

مادة (٢٣٤) الرجعة صحيحة بلاشهود وبلاعلم المرأة إلا أنه يندب للمراجع أن يعلم المرأة بها إذا راجعها قولاً، وأن يشهد به شاهدين عدلين عليها ولو بعد حصولها فعلاً .

مادة (٢٣٥) تنقطع الرجعة وتملك المرأة عصمتها إذا ظهرت من الحيضة الأخيرة لتمام عشرة أيام وإن لم تغتسل .

مادة (٢٣٦) إذا وقع نزاع بين الزوجين، فالدعت المعتدة انقضاء عدتها بالحيف وادعى الزوج عدم انقضاءها وأن له حق الرجعة تصدق المرأة ببينها، وتخرج من العدة إن كانت العدة تحتمله وأقل مدة عدة بحيض ستون يوماً

مادة (٢٣٧) الرجعة لا تنهـم الطـلقات السابقة بل إذا راجع الزوج امرأته بعد طـلقتين ثم أوقع عليها الثالثة زال ملكه وحلها لـه إلى أن تتزوج زوجا غيره بنكاح صحيح ويفارقها بعد الوطء في القـبل بطلاق أو موت.

ومثل ذلك جاء في مشروع قانون الأسرة الموحد إلا في المواد الآتية :-

مادة (١٥٦) يشترط في الرجعة بالقول :-

أ - أن تكون منجزة

ب - أن تكون بحضور شاهدين رجلين أو رجل وامرأتين .

مادة (١٥٧) إذا كانت الرجعة في غيبة الزوجة يشترط أن تعلم بها ويراعى في اثبات العلم حكم المادة ١١٠ من هذا القانون .

وقد نصت المادة ١١٠ في فقرتها الثانية على أن يثبت العلم بكافة طرق الإثبات ومنها القرائن وإخبار الواحد بشرط أن يكون عدلا .

وقد نص قانون حقوق العائلة العثمانى على أحكام الطـلاق الرجعى والرجعة في المواد ١١٢ ، ١١٣ ، ١١٤ ، ١١٥ وكلها على الراجح في مذهب الامام أبى حنيفة .

ثانيا : الطلاق البائن :

الطلاق البائن : هو الطلاق الذى يرفع قيد الزواج فى الحال ، ولا تستأنف الحياة الزوجية بعده ، إلا بعقد جديد ، ومهر جديد ، ورضا جديد ، والطلاق البائن نوعان :-

١ - الطلاق البائن بينونة صغرى :

وحكمه أنه يزيل عقد الزواج ولا يرفع حل المرأة أى لا تثبت به حمرة مؤقتة ، فإذا طلق الرجل زوجته طليقة بائنة واحدة أو اثنتين ، جاز له العود إليها فى المدة ومعهما ، ولكن ليس له أن يراجعها فلا بد من عقد جديد بكل شروط انعقاده وصحته ولزومه ونفاذه . والمطلقة بائنة تعد أجنبية عند المطلق فليس لهما الاستمتاع أو الخلوة ولو فى المدة ، ويحل بالطلاق البائن مؤخر الصداق ويمتنع التوارث بينهما حتى لو مات أحدهما فى المدة ، إلا إذا تم الطلاق فى مرض الموت وتعد الرجل حرمان زوجته من الميراث فيعد بذلك فارا من ميراثها ويعامل بخلاف مقصود ، ففترت الزوجة إذا حدثت الوفاة بعد مرض الموت فى عدة الطلاق البائن بينونة صغرى .

٢ - حالات الطلاق البائن هى :

- أ - الطلاق قبل الدخول لأنه لا تجب به العدة .
- ب - الطلاق بعد الخلوة الصحيحة ودون الدخول الحقيقى . فالعدة فيه تثبت احتياطاً للنسب فلا تصح فيها الرجعة على مذاهب القانون المصرى أخذاً بأقوال الشافعى ومالك ، لأن الطلاق بعد الخلوة عندهما هو طلاق قبل الدخول .

ج - الطلاق على مال : فهو أيضا طلاق بائن لأن أساسه العرضي من الزوجة لتملك عصمتها ، ولا يتحقق لها ذلك إلا بيمينونة الطلاق والقول بغير يذ لك حيث بأحكام الشارع ، ومخالف لمقاصد الطلاق على مال .

د - الطلاق البائن بنص القانون : وقد جاء ذلك على النحو التالي :

• التطلق البائن في القانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٢٠ :

كل طلاق للعيب يقع بائنا طبقا لنص المادة ٩ من المرسوم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ ونصها "للزوجة أن تطلب التفريق بينها وبين زوجها إذا وجدت به عيبا مستحكما لا يمكن البرء منه ، أو يمكن بعد زمن طويل ولا يمكنها المقام معه إلا بضرر . . . سواء كان ذلك العيب بالزوج قبل العقد ولم تعلم به أم حدث بعد العقد ولم ترضيه ، فإن تزوجته عالة بالعيب أو حدث بعد العقد ورضيت به صراحة أو دلالة فسلما يجوز لها التفريق " .

ومثال العيب المستحكم الجنون والجنون والبرص وما يلحق بهم من الأمراض الخطيرة ، والفرقة التي تحصل بالعيب طلاق بائن سواء كانت قبل الدخول أو بعده حتى يتحقق الغرض المقصود من التفريق بهذا السبب .

• التطلق البائن في القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ والمعدل

بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ .

وفقا لهذا القانون يقع الطلاق بائنا فيما يلي :-

• التطلاق بسبب إضرار الزوج بزوجته ، بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما ، وذلك بنص المادة السادسة .

• التطلاق بسبب الضرر من التزوج بأخرى إذا توافرت شروط النص وفقا لحكم الفقرة الثانية من المادة الحادية عشرة .

• التطلاق الذى تطلبه الزوجة عند استحكام الخلاف بين الزوجين عند نظر اعتراض الزوجة على دعوتها لمنزل الزوجية - بمشروط النص - طبقا للنص السابق .

- التطلاق لغيبه الزوج طبقا لنص المادة الثانية عشرة ، والثالثة عشرة .
- التطلاق بسبب حبس الزوج طبقا لنص المادة الرابعة عشرة .

والشرح هو مصدر صفة البينونة فى هذه الحالات من الطلاق .
أخذا بغير ما ذهب إليه الاحناف طبقا لسلطة ولي الأمر فى اختصار الأحكام الملازمة من كافة المذاهب وتخصيص القضاء بها .

٢ - الطلاق البائن بينونة كبرى :

وهو يزول الملك والحل معا ، وتثبت به حرمة مؤقتة ، فلا يمكن أن يجمع الرجل والمرأة فيه زواج جديد ، إلا بعد أن تتزوج المرأة زواجا جديدا صحيحا ، ويدخل بها الزوج الجديد دخولا حقيقيا ، ثم يفارقها بطلاق أو وفاة ، وتنتهى عدتها من هذا الزواج الجديد .

والطلاق البائن بينونة كبرى هو الطلاق المكمل للثلاث .
وهذا يقتضى التفصيل فى أمرين هما :

أ - الطلاق المكمل للثلاث في القانون المصري :

أخذ القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ في مسألة الطلاق المكمل للثلاث بحكم خالف فيه المذاهب الأربعة، وأعتبر المطلق الثلاث بلفظ واحد لا يقع إلا طلقة واحدة، ونصت المادة الثالثة على أن "الطلاق المقترن بعدد أو إشارة لا يقع إلا واحدة".

وفي الفقهين القديم والحديث اختلافات حول وقوع الطلاق الثلاث واحدة أو ثلاثاً، والرأى عندى أن المشرع المصرى قد اختار الأنسب اجتماعياً في قضية الطلاق الثلاث بلفظ واحد .

ب - مسألة هدم الطلاق :

الهدم اصطلاح لدى الفقهاء عند حديثهم عن الطلاق الثلاث، وعدد الطلقات الذى يملكه الزوج القديم إذا عاد إلى مطلقته بعد أن تزوجت بآخر زواجياً صحيحاً وفارقها بوفاة أو طلاق، ويمكن إيجاز آراء الفقهاء في هذه المسألة فيما يلى :-

اتفق الفقهاء على أن الزوج إذا طلق زوجته ثلاثاً، ثم تزوجت من غيره بعد عدتها ودخل بها، ثم عادت إليه بعد بينونتها من ذلك الغير وانقضاء عدتها منه، أنه يملك عليها ثلاث تطلقات.

كما اتفقوا على أنه إذا طلقها بمادة من الثلاث ثم تزوجها - دون أن تتزوج بعده من آخر - أنه يملك مابقى له من التطلقات النسي الثلاث فقط.

فإذا تزوجها بعد دن الثلاث، فتزوجت من غيره بعد عدتها ودخل بها، ثم عادت إليه بعد بينونتها من ذلك الغير وانتضاء عدتها فقد أنقسم الفقه إلى رأيين :-

الرأى الاول : وهو رأى جمهور الفقهاء وفيهم محمد بن الحسن من الحنفية، يرى أن ذلك الزوج لا يملك على هذه الزوجة إلا مابقى له إلى الثلاث من الزواج القديم .

الرأى الثانى : وذهب إليه أبو حنيفة وأبو يوسف، يرى أن الزوج الذى عاد يملك على زوجته فى هذه الحالة ثلاث تطليقات، وتفسد انهدم ما أبانها سابقا به ، ومن هنا سميت هذه المسألة بالهدم ، وقد اختلف فقهاء الأحناف فى الرأى الراجع عندهم ، فأكثرهم قالوا بترجيح رأى محمد بن الحسن الذى يوافق رأى الجمهور ، وبعضهم رجح قول الشيخين أبى حنيفة وأبى يوسف ، ولا شك أن الوصول إلى رأى فنى هذه المسألة له أهميته لأن القضاء المصرى وفق اللائحة الشرعية مخصص بأرجح الاقوال فى مذهب أبى حنيفة .

—•—•—•—•—•—•—

المطلب الثاني

ما يشترط به الطلاق

الاشهاد في الزواج شرط صحة ، وقد رأى البعض زيادة فسي الاحتياط لإنهاء الطلاق أنه شرط صحة فيه أيضاً ، فلا يقع الطلاق إلا بالاشهاد ، وهذا غير ما يراه الاثثة الاربعة .

وزيادة في الاحتياط تدخل في الأمر في بعض التشريعات الأحوال الشخصية ، وكلف المشرع الزوج بتوثيق عقد الزواج الصحيح ولا تعرض له مقابل وتعالج فيما يلي الاشهاد والتوثيق

أولاً : الاشهاد على الطلاق :

من باب تضييق دائرة الطلاق ، وعدم وقوعه بالسهولة التي تبدو في آراء بعض الفقهاء ، قال الله تعالى : " يأيتها النسي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن ، واحصوا العدة ، واتقوا الله ربكم ، لا تخرجوهن من بيوتهن ، ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة ، وتلك حدود الله ، ومن يتعد حدود الله ، فقد ظلم نفسه ، لا تدرى لعل الله يحدث بعد ذلك أمراً ، فإذا بلغن أجلهن فاسكنوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف ، وأشهدوا ذوي عدل منكم ، واقبوا الشهاداة لله " .

وروى سفیان ، عن ابن جريج ، عن عطاء ، قال : " الطلاق والنكاح ، والرجعة ، بالبينة " ، وذلك ، احتياطاً من التجاحد .

ولقد اختلف الفقهاء في هذه المسألة ، ويرى الكثير منهم أن الأمر في قوله تعالى : " وأشهدوا ذوي عدل منكم " للنسب ، وهذا تكون الشهادة مندوبة في الطلاق والرجعة ، لأن الآية فسي مدد ذكر الطلاق والرجعة .

ولم يؤثر عن الرسول صلى الله عليه وسلم ، ولا عن الصحابة أن الإشهاد شرط لصحة وقوع الطلاق ، رغم كثرة ما وقع أمامهم من حوادث الطلاق .

ويرى بعض المفسرين أن الشهادة مندوبة للطلاق فقط ، بينما يرى آخرون أنها للرجعة فقط ، لأن الأمر به جاء بعد قوله : " فإسأك بمعرف " وهو المراجعة ، وذكر المفارقة ، وهي التبرك ، والمراجعة عمل إيجابي يقوم به الزوج ، فيتيسر الإشهاد عليه ، أما المفارقة فتكون بترك الزوجة بالمراجعة إلى أن تنتهي عدتها ، وذلك عمل سلبي يستمر طيلة العدة ، لا يتيسر الإشهاد عليه ، فلا يكون الأمر واجباً عليه .

ويرى بعض الفقهاء وهو الظاهر من سياق الآيتين أن الأمر في قوله تعالى : " وأشهدوا " للوجوب ، بدليل قوله : " وأقيموا الشهادة لله " ، وليس في الآية ما يصرح الأمر عن الوجوب ، بل القرائن تؤيد حمله على الوجوب ، لأن الطلاق عمل استثنائي

يقوم به الرجل ، وهو أحد طرفي العقد ، ويقوم به وحده ، وانقضى
 الزوجة أم لا ، ولكنهم يختلفون في أنه راجع إلى الطلاق أو الرجعة
 أو كليهما ، والحق أن كليهما يترتب عليه آثار يخش عليها مسكن
 النجاسة ، والإشهاد بمنعة

فمن أشهد على طلاقه فقد أتى بالطلاق على وجه شرعي
 ومن أشهد على الرجعة فكذلك

والمصلحة تقتضي ضرورة الإشهاد ، وخاصة أن الله يقول :
 " ومن يتعد حدود الله فقد ظلم نفسه "

وقد جاء في تفسير الطبري ، قال ابن عباس :
 إن أراد مراجعتها قبل أن تنقض عدتها ، أشهد رجلين ،
 كما قال : " وأشهدوا ذوي عدل " عند الطلاق ، وعند المراجعة
 وهو قول عطاء أيضا ، فقد روى عنه : عبد الرزاق ، ومحمد بن حميد ،
 قال : " النكاح بالشهود ، والطلاق بالشهود ، والمراجعة بالشهود "

وهن عمران بن حصين ، انما سئل عن الرجل يطلق امرأته ،
 ثم يقع بها ، ولم يشهد على طلاقها ، ولا على رجعتها ، فقال له :
 " طلقك لغير سنة " ، وراجعك لغير سنة ، أشهد على طلاقها
 وعلى رجعتها ، تعد " ، رواه أبو داود ، وابن ماجه ، والبيهقي :
 ولا تعد .

الاثر أخرجه ايضا البيهقي ، والطبراني ، وزاد " واستغفر
الله " . قال الحافظ في تلخيص الغرر : وسنده صحيح ، وقد استدل
به من قال بوجوب الاشهاد على الرجعة .

والائمة الاربعة لا يشترطون الاشهاد لوقوع الطلاق ، لأن
الإنسان لا يحتاج الى بينة عند استعمال حقه .

ولكن الشيعة الإمامية يرون أن من أهم شروط وقوع الطلاق
حضور شاهدين عدلين ، لقوله تعالى : " وأشهدوا ذوي عدل
منكم " ، فلو وقع به ونهيا كان الطلاق باطلا ، وفي ذلك يقول الشيخ
محمد الحسين آل كاشف الغم :

" وفي هذا أهدع ذريعة ، وأفع وسيلة ، الى تحصيل الوطام ،
وقطع مراد الخصام بين الزوجين ، فإن للعدول ، وأهل الصلاح
مكانة وتأثيرا في النفوس ، كما أن من واجبه الإصلاح والمصلحة ،
ورعاية مياه الصفا بين الزوجين المتخاصمين الى مجاريها . . . " .

وكذلك يرى ابن حزم الظاهري أن الإشهاد شرط في الطلاق ،
لأن الله لم يفرق بين المراجعة ، والطلاق في الإشهاد ، فلا يجوز
إفراد بعض ذلك عن بعض ، وكان من طلق ولم يشهد ذوي عدل ،
أوراجع ولم يشهد ذوي عدل ، متعديا لحدود الله ، وقال الرسول
صلى الله عليه وسلم : " من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد " .

ومن الخير، حفظاً على روابط الأسرة أن يكون الإشهاد شرطاً
لوقوع الطلاق، وأن يكون الشاهدان عدلين سامعين لفظ الطلاق،
ذلك يؤدي إلى تخفيف كثرة وقوع الطلاق، الذي ينشأ غالباً من
غضب، أو انفعال زائل.

خاصة وأن من المفسرين الكبار من فسر آية الإشهاد على
أنها للوجوب، ومن هؤلاء "الفخر الرازي"، و"القرطبي"،
و"ابو حيان" في التفسير المحيط، والرأي عندى أن وجهة نظر
المفسرين أدق وأعمق، وفي كل الأحوال فإن في الإشهاد على
الطلاق مصلحة لا تنكر، والسياح الذي تحق الشريعة الإسلامية
به مسائل الزواج والطلاق يجعل من الإشهاد في عصرنا ضرورة
لا بد منها. وقد اتجهت إلى ذلك بعض التشريعات العربية.

ثانياً : توثيق الطلاق :-

استحدث القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ وسيلة أخرى للحسد
من الطلاق، وللحيلولة دون مخاطرة فاشترط على المطلق توثيق
الطلاق في مدة معينة من تاريخ إيقاعه.

وتوثيق الطلاق - ليس إشهاداً - بل هو إجراء شكلي
وليس له أثر على واقعة الطلاق، فهو واقع من تاريخ نطق الزوج به،
وهذا هو رأي الاثني الأربعة وغيرهم من الشيعة الإمامية، ولا تشكل
إجراء توثيق الطلاق أمام الموثق أي قيد على جواز إثباته قسراً
بكافة طرق الإثبات الأخرى، ولا يترتب على عدم التوثيق عدم صنع

دعوى الطلاق ، بل تسمع الدعوى ، وكل ما يترتب على التوثيق بالاضافة
إلى ما نص عليه المشرع من جزاءات ان الآثار المالية للطلاق تفسس
حالة اخفاء المطلق واقعة الطلاق على زوجته لا يبدأ الا من تاريخ
علمها به ، وتبدأ العدة فور الطلاق ولا تتوقف على علم المرأة به .

وفيما يلي عرض لأهم الأحكام التي جاءت بها . المادة ٥ مكرر
و ٢٣ مكرر من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ م .

(١) مادة مكرر (١) :-

على المطلق أن يوثق ائمهاده طلاقه لدى الموثق المختص
خلال ثلاثين يوما من تاريخ الطلاق .

وتعتبر الزوجة عالمة بالطلاق بحضورها توثيقه ، فإذا لم
ت حضره كان على الموثق اعلان ايقاع الطلاق لشخصها على يد محضره
وعلى الموثق تسليم نسخة ائمهاده الطلاق إلى المطلقة أو من ينسب
عنها وفق الاجراءات التي يصدر بها قرار من وزير العدل .

وتترتب اثار الطلاق من تاريخ ايقاعه إلا اذا أخفاه الزوج
من الزوجة ، فلا تترتب اثاره من حيث الميراث والحقوق المالية الأخرى
الا من تاريخ علمها به .

الجديد في النص :-

أوجب القانون على المطلق أن يبادر إلى توثيق ائمهاده طلاقه
لدى الموثق المختص (المأذون أو مكتب التوثيق / بالمهجر العقاري من

حسب الأحوال) وهذا النص الوجهي الذي لم يكن موجودا من قبل،
دعى اليكما تقول المذكرة الاضاحية لهذه المادة، حاجة الأسرة
وحمايتها من تتابع المشاكل إذ قد ظهر من استقضاء حالات الطلاق
أن بعض الأزواج قد لجأوا إلى إيقاع الطلاق في غيبة زوجاتهم
واخفوا عنهن خبره، وفي هذا أضرار بالمطلقات وتعليق لهن بسدوين
مهره بل أن بعض الأزواج كان يوثق الطلاق رسميا لدى الموثق ثم
يحفظ بورقة الطلاق لديه مظاهرا للزوجة باستدانتها واستمرارها
حتى إذا ما وقع الخلاف بينهما أبرز سند الطلاق مظاهرا إياها ففسى
وجهها محاولا به إسقاط حقوقها، وليس هذا بدعا جديدا، فقد
سبق لفقهاء المذهب الحنفى أن واجهوا حال إخفاء الطلاق بتأخير
بدء المدة إلى وقت الاقرار من الزوج بحدوث الطلاق فقالوا: لسو
كنم طلاقها لم تنقض المدة زجرا له بمعنى أن الزوج إذا طلق
زوجته وأخفى عنها الطلاق ثم أقر بعد ذلك به لم تبدأ المدة إلا من
وقت هذا الاقرار ولا يعتمد بسناد الطلاق إلى تاريخ سابق (السدر
المختار وحاشية رد المحتار لابن عابد بن الجز الثاني في سباب
المدة) .

هنا على هذا ولما كانت الدولة قد نظمت أمر توثيق الطلاق
فاختصت المأذون بتوثيق إسهادات الطلاق بين الأزواج المصريين
المسلمين وكتب التوثيق بالشهر العقاري بالأزواج إذا اختلفت
جنسياتهم أو دينائهم، رأى المشرع أن ينظم طريق علم الزوجية
بطلاقها حتى لا تتابع المشاكل بين الزوجين إذا خفى الطلاق .

وقت ترتيب آثار الطلاق :-

فترت المادة الخامسة مكرر (١) في فقرتها الثانية والثالثة بين المطلقة التي أخفى عنها زوجها خبر طلاقها وبين المطلقة التي تعلم بحصول الطلاق في وقت ترتيب آثار الطلاق . فإن كان الزوج قد أخفى خبر طلاق زوجته عنها ، فإنه وفقاً لنص الفقرة الثالثة من المادة المشار إليها ، لا ترتب آثار الطلاق بالنسبة لها مسن حيث الميراث والحقوق المالية الأخرى ، إلا من تاريخ علمها بالطلاق .

أما إذا كانت الزوجة تعلم بحصول الطلاق ، فإن إشارة طبقاً لنص الفقرة الثانية ترتب عليه من تاريخ إيقاعه .

طرق علم الزوجة بالطلاق :-

ذكرت المادة المشار إليها في فقرتها الثالثة وجهين اعتبر كلا منهما طريقاً لحصول علم الزوجة بالطلاق وهما :-

(أ) إذا حضر وقت توثيق إسهاد الطلاق أمام الموثق المختص الذي ألزمه القانون حينئذ أن يسلمها نسخة من هذا الإسهاد .

(ب) إذا لم تكن الزوجة حاضرة وقت توثيق إسهاد الطلاق فعلى الموثق إعلانها بوقوع الطلاق لشخصها على يد محضر .

هذا وما ذكرته الفقرة الثانية من الوجهين المشار إليهما
ليس على سبيل الحصر ، وإنما فقط مجرد مثالين اعتباريين على علمهما
بحصول الطلاق ، وهذا لا يمنع من علمهما بحصول الطلاق بطرق أخرى ،
كما لو خالعه زوجها على الطلاق أو أقره بالطلاق في ورقة رسمية
أو عرفية غير منكرة منها أو غير ذلك من طرق العلم الشرعية الأخرى
والتي يترتب عليها أن يكون الطلاق واقعاً عليها ومرتباً لآثاره فسي
حقها من تاريخ إيقاعه .

وقد نظم قرار وزير العدل رقم ٣٣٦٩ لسنة ١٩٨٥ المنشور
بالوقائع المصرية في ١٩٨٥/٧/٢٩ العدد ١٧٢ ، أوضاع وإجراءات
إعلان وتسليم إسهاد الطلاق إلى المطلقة تنفيذاً للفقرة الثانية من
المادة الخامسة مكرر (١) من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩
المعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ ، وفيما يلي نص هذا القرار :
مادة (١) : على المؤثق المختص بتوثيق إسهاد الطلاق أن يشهد
فيه بياناً واضحاً عن محل إقامة المطلقة ، ويكون إثبات هذا
البيان بإرشادها في حالة حضورها توثيق الإسهاد وإرشاد
المطلق في حالة عدم حضورها .

ويجب على المؤثق المختص في جميع الأحوال إثبات
محل إقامة المطلق في إسهاد الطلاق .

مادة (٢) : يجب على المؤثق خلال سبعة أيام من تاريخ توثيق
إسهاد الطلاق إعلان المطلقة لشخصها على يد محضر
بوقع الطلاق وذلك في حالة عدم حضورها توثيق إسهاد .

مادة (٣) : يجب أن يتضمن الإعلان المشار إليه من المادة السابقة
البيانات التالية :-

- (١) تاريخ وقوع الطلاق .
- (٢) اسم الموثق الذي وثق إسهاد الطلاق وقرعته .
- (٣) رقم إسهاد الطلاق .
- (٤) بيان الطلاق الذي تضمنه الإسهاد .
- (٥) أخطار المطلقة باستلام نسخة إسهاد الطلاق الخاصة
بها من الموثق المختص خلال خمسة عشر يوما من تاريخ
الإعلان .

مادة (٤) : فيما عدا ما تقدم تطبق القواعد والأجراءات المقررة نسبي
المرافعات المدنية والتجارية على الإعلان بوقوع الطلاق .

مادة (٥) : على الموثق تسليم المطلقة أو من تنبئه عنها نسخة إسهاد
الطلاق الخاصة بها بعد أخذ إيصال بذلك يرفق بأصل
الإسهاد ، فإذا لم تحضر المطلقة أو نائبها لدى الموثق
لإستلام نسخة الإسهاد الخاصة بها يجب على الموثق
تسليم هذه النسخة إلى المحكمة التابع لها بعد انقضاء ثلاثين
يوما من تاريخ التوقيع بمقتضى إيصال يفيد ذلك ، وتسلم
المحكمة في هذه الحالة إرسالها إلى المطلقة بكتاب مسجل
بمعلم الوصول إن كانت تقيم في مصر أو بواسطة وزارة الخارجية
إن كانت تقيم في الخارج .

مادة (٦) : على الموظف المختص بالمحكمة قيد نسخ إشارات الطلاق التي تسلم إليه فور استلامها في سجل خاص يبين فيه رقم الإشهاد وتاريخ واسم المؤقت وأبى المطلق والمطلقة ومحل إقامة . كل منهما وبيان الطلاق الوارد بالإشهاد وتاريخ استلامه نسخة الإشهاد الخاصة بالمطلقة وعليه إرسالها في اليوم التالي لتسليمها إلى المطلقة وفقاً لأحكام المادة السابقة مع إنباء تاريخ ورقم الإرسال في السجل المشار إليه ، والتأشير فيه بعد ذلك بما تم نحو تسليم النسخة إلى المطلقة .

مادة (٧) : إذا أعيدت نسخة الإشهاد الخاصة بالمطلقة إلى المحكمة بعد إرسالها إليها لتعذر تسليمها ، فعلى الموظف المختص بالمحكمة حفظها في ملف خاص ، والتأشير بعد ذلك فـي السجل المشار إليه في المادة السابقة .

أما الدتان الثامنة والتاسعة فتختصان بتوثيق وثيقة الزواج ، وأما المادة العاشرة فقد ألغى قرار وزير العدل رقم ٢٢٤٥ لسنة ١٩٧٩ ، كما ألغى كل نص يخالف ذلك .

إنباء الطلاق وأثره على تنفيذ حق الزوج في إيقاع الطلاق :-

وجوب توثيق الطلاق لدى المؤقت المختص إجراءً شكلي ليس له أثر مضمون على حق الزوج في إيقاع الطلاق ، فالطلاق يقع من الزوج على زوجته بمجرد حصوله دون توقف على توثيقه ، وهذا ما ذهب إليه الأئمة الأربعة ومن قبلهم الصحابة والتابعون ، وهذا

ما حرمته المذكرة الايضاحية للنصر على ابرازه وايضاحه حيث جاء فيها : ولين في ايجاب توثيق الطلاق ولا في تنظيم طرق العلم به اى قيد على حق الطلاق الذى استده الله للزوج واختصه به نفس اكثر من آية من آيات القرآن الكريم . وكذلك لا تشكل تلك الاجراءات اى قيد على جواز انباء الطلاق قضاء بكافة الطرق غاية الاستسار ان اثارها بالنسبة للزوجة في حالة اخفائه عنها ، لا تبدأ إلا من تاريخ علمها به . وانباء الطلاق والدليل عليه باعتباره من الشروط الموضوعية يخضع لاحكام الشريعة الاسلامية في حدود نزع المصادرة ٢٨٠ من المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٤١ بلائحة ترتيب سبب المحاكم الشرعية .

ويجوز للمطلق أن يثبت ذلك الطلاق بكافة طرق الانباء الشرعية على الوجه الذى منه المذكرة الايضاحية .

هذا وانباء الطلاق كان جاريا في مصر قبل العمل بالقانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ على ما يأتى :-

أولا :- إذا كان الخلاف في حياة الزوجين ، فانه يثبت بكل وسائل الانباء الشرعية فيثبت بالاقرار ويثبت بالنكول عند اليقين عند المأخوذين والهيئة رفاهية أن الطلاق لو ثبت بالاقرار أو النكول فان العدة كما يقول بعض الفقهاء لا تثبت إلا من وقت التصديق أو النكول ، لا من الوقت الذى استند الطلاق إليه .

ثانيا : إذا كان الخلاف على وقوع الطلاق بعد وفاة أحد الزوجين فلما أن يكون وقوعه قبل سنة ١٩١١ وأما أن يكون مسن ١٩١١ .

فإن كان وقوعه قبل سنة ١٩١١ فإنه يثبت ب ورقة خالية من شبهة التزوير ، والاولى يثبت ب ورقة رسمية أو ورقة مكتوبة كلها بخط المتوفى وعليها توقيع .

أما إذا كان وقع الطلاق ثانيا لهذا التاريخ أى من سنة ١٩١١ فإن الطلاق لا يثبت إلا ب ورقة عرفية مكتوبة كلها بخط المتوفى وعليها توقيع أو ورقة رسمية . والحكمة فى ذلك أن دعوى الطلاق بعد وفاة أحد الزوجين تكون فى الغالب نزاعا على مال ومادامست كذلك وتأخذ حكم الوسايا فى النزاع عليها والوسايا لا تثبت بمسند الوفاة الابردة . رسمية أو ورقة عرفية مكتوبة كلها بخط المتوفى .

وهذا بخلاف الحوادث الواقعة قبل سنة ١٩١١ حيث هذه الوقائع معفاة من الاتباء بالورقة الرسمية أو المكتوبة كلها بخط المتوفى ، لأن لائحة سنة ١٨٩٧ كانت تجهيز الاتباء بالورقة العرفية الخالصة من التزوير فثبتت الحوادث التى وجدت فى ظلها على حكمها .

والمراد بخلو الورقة من شبهة التزوير ألا يظهر منها ما يدل على أنها أعدت لتكون مسندا للدعوى وتقدر ذلك متروك للقاضى وذلك تيسيرا على الناس فى هذه الفترة .

وعلى ذلك فان الطلاق الذي لا يثبت إلا ب ورقة عرفية مكتوبة
كلها بخط المتوفى وعليها توقيع، او ورقة رسمية، فانه لا يكون الا من
وقت تطبيق اللائحة الجديدة.

(٢) جزاء الاخلال باحكام المادة الخامسة مكررا :-

أحكام القانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ التي القانون ٢٥ لسنة
١٩٢٩ المادة ٢٣ مكررا ليواجه بها الالتزامات التي فرضها طمس
المطلق وعلى المؤقت في المادة الخامسة مكررا وصر المادة ٢٣ كالاتي :
يعاقب المطلق بالحبس مدة لا تجاوز ستة أشهر وغرامة
لا تجاوز مائتي جنيه أو باحدى هاتين العقوبتين إذا خالف أي من
الأحكام المنصوص عليها في المادة الخامسة مكررا من هذا القانون ،
كما يعاقب الزوج بالعقوبة ذاتها إذا ادلى للبرق ببيانات غير
صحيحة من حالته الاجتماعية أو محل إقامة زوجته أو زواجه أو طلاقه
على خلاف ما هو مقرر في المادة (١١ مكررا) .

يعاقب المؤقت بالحبس مدة لا تزيد على شهر وغرامة لا تجاوز
خمس مائة جنيه إذا أخلف أي من الالتزامات التي فرضها عليه القانون .
وجوز أيضا الحكم بعزله أو وقفه من عمله لمدة لا تجاوز ستة .

مصرح المادة :-

عاقب القانون المطلق بالحبس مدة لا تجاوز ستة أشهر وغرامة
لا تجاوز مائتي جنيه أو بأحدى العقوبتين إذا خالف أي من الأحكام

التي نصت عليها المادة الخامسة من القانون وهي التي أن أوضحناها
وهي متعلقة بثبوتها

اشهاد الطلاق وكيفية اعلان الزوجة :-

وهذه العقوبة التي يعطىها القانون هي عقوبة تعزيرية
والعقوبة التعزيرية كما جاء بالمذكرة الايضاحية للنص عقوبة مفوضة
إلى رأى الحاكم كما يقول فقهاء المذهب الحنفى وتختلف باختلاف
الجريمة.

وقد اجاز الفقهاء التعزير بالحس ويجوز ان يكسب
العقوبة الوحيدة وان يضم اليه عقوبة أخرى كالتعزير وهذه العقوبة
الآخيرة اجازها أبو يوسف و اجازها بعض فقهاء الشافعية وأجاز
في مواضع في مذهب الامام احمد .

واذا كان الفقهاء قد قرروا أن تصرف الامام على الرعية منوط
بالمصلحة وكان تنظيم أمر ثبوت الطلاق وإعلام المطلقة بوقوعه ووصول
سند إليها من المصالح العامة فإن تجريم المطلق إذا اخل بالواجبات
المنصوصة في المادة الخامسة مكررا من هذا المشرع يكون أمراً
ذا سند صحيح شرعاً .

كذلك يعاقب الموثق أيضاً إذا اخل بالتزاماته التي فرضها عليه
هذا القانون بالعقوبات المبينة بالمادة ٢٣/٢ مكررا ، إذ لا يكفي
في الأمور التنظيمية تقريرها بل لابد من حماية هذا التنظيم حتى
يؤتي ثماره .^(١)

(١) د . أحمد فراج : أحكام الاسلام في الاسلام ط ١٩٨٨ .

الفصل الثالث

الفرق بين الإرادية "بحكم القاضي"

الزوج بحكم مسئولياته الأسرية - عليه مجموعة من الالتزامات المادية والمعنوية حتى يحقق الزواج مقاصده ، من إقامة حياة الزوجية ، ماديًا بالانفاق عليها ، ومعنويًا باعفافها وعدم الغيباب عنها ، لأن التواجد مطلب نفس له أثره على كيان الحياة الزوجية .

والتفريق بحكم القاضي ينهى العلاقة الزوجية بطلب من أحد أطرافها الزوج أو الزوجة ، ويقع به طلاق رجعي في أحوال ، وطلاق بائن في أحوال أخرى ، وقد يكون تفريق القاضي فسخًا في بعض الأحوال . وسوف نعالج موضوعنا في هذا الفصل في ثلاث مباحث :

المبحث الأول :

التفريق لعدم الانفاق

المبحث الثاني :

التفريق للعيوب

المبحث الثالث :

التفريق للإضرار

البحث الأول التفريق لعدم الانفاق

النفقة حق للزوجة ، يثبت لها بمقدار الزواج الصحيح ، ويسقط بالنشوز ، وينتهى بانقضاء العلاقة الزوجية ، فإذا امتنع الزوج عن الوفاء بحق الزوجة ، تعسفا ، أو إكسارا ، فقد اختلف الفقهاء في جواز طلب الزوجة التفريق القضائي ، وظل العمل في مصر على مذهب الأحناف الذي يمنع تطليق الزوجة من زوجها لا متاعه عن الانفاق أو إكساره به ، حتى جاء القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ وحسم المشكلة لصالح الزوجة أخذاً بغير آراء المذهب الحنفى وسوف نعالج موضوعنا في مطلبين :

المطلب الأول :

الموقف الفقهي

المطلب الثاني :

الموقف التشريعي

المبحث الأول الموقف الفقهي

نفقة الزوجة واجبة بلا خلاف ، وهي أثر من آثار عقد الزواج الصحيح ، ولكن الزوج قد يمتنع عن أدائه واجبه ، وقد يعسر فلا يستطيع الوفاء بما يجب عليه ، وفقها الاختلاف يرفضون تطبيق نفقة الزوج من زوجها لعدم الاتفاق امتناعا أو عسارا ، وموقف الأحناف لا شك يضيق على الزوجة ، ويلحق بها أضرارا فادحة ، وقد اتجهت المذاهب الإسلامية وجهة أخرى ، ويمكن تلخيص الموقف الفقهي في ثلاثة آراء .

الرأي الأول : ويقول بعدم التفريق بين الزوجة وزوجها السدي لا ينفق عليها حتى لو أعلنت عدم رضاها به ، وتوردت على الوضع القائم ، وطلبت من القاضي الخلاص من زوجية صارت عبثا ، ومن قيد صار أسرا ، والأحناف هم قادة هذا الرأي ، وليس فسي مذهبهم ما يجيز تطبيق الزوجة من زوجها لعجزه عن نفقتها أو الامتناع عنها حتى لو لم يكن له مال ظاهر يمكن التنفيذ فيه ، فالمرأة هنا لا تملك وسيلة للحصول على نفقتها ، ولا تسعفها أحكام المذهب على الانفصال .

أولا : أدلة هذا الرأي : لا سبيل للزوجة إنذار على مذهب الأحناف للخروج من هذا المأزق ، وليس للقاضي أن يحكم بطلاقها

منه ، ولكن بأمرها متى يثبت لديه عجزه وعسرتة بأن تستدوين
ثم ترجع عليه ، ودليلهم على ذلك القرآن والسنة والمعقول .

١- الأدلة من القرآن الكريم :

(أ) يقول تعالى " لينفق ذو سعة من سعته ، ومن قدر عليه
رزقه فلينفق مما آتاه الله لا يكلف الله نفسا إلا ما آتاها " .
يقول أصحاب هذا الرأي أن الآية تفيد وجوب الانفاق
على الزوج المعسر وعلى غيره الذي لا يساويه في اليسار
واقترنت الآية في مقام البيان على هذين ، والاقتصار
في مقام البيان - كما يقول علماء الأصول - يفيد
الحصر ، فدل ذلك على أن الرجل إذا أعسر فلم يجد
سببا يمكنه به تحصيل النفقة فلا تجب عليه ، وترك مالا
يجب لا يثم فيه ، خاصة وأن الإعسار لا دخل فيه
للرجل ، فلا إضرار منه ، وبالتالي لا يجب التفريق .

(ب) يقول تعالى أيضا " وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة " .
وهذه الآية تشير أن غاية ما يفيد وجوب النفقة للزوجة
على الزوج أنها تثبت دينا في ذمته إذا ما أعسر ،
ولا يثبت بها إضرار أو تفريق .

٢- الأدلة من السنة :

(أ) روى مسلم في صحيحه من حديث ابن الزبير عن جابر قال :
دخل أبو بكر الصديق وعمر رضي الله عنهما على رسول

الله صلى الله عليه وسلم ، فوجداه جالسا وحوله نساءه واجما ساكنا ، فقال أبو بكر يا رسول الله لو رأيت بنتا خارجة سألتني النفقة فقلت إلبها فوجأت عنقها ، فضحك رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال من حولي كما تسرى يسألنني النفقة ، فقام أبو بكر رضى الله عنه إلى عائشة يجأ عنقها ، وقام عمرو رضى الله عنه إلى حفصة يجأ عنقها كلاهما يقول : تسألني رسول الله صلى الله عليه وسلم ما ليس عنده ، فقلن والله لا نسأل رسول الله شيئا أبدا ليس عنده ، ثم اعتزلهن رسول الله صلى الله عليه وسلم شهرا .

فهذا أبو بكر وعمرو رضى الله عنهما يضريان ابنتيهما بحضرة الرسول صلى الله عليه وسلم لما سألتاه نفقة لا يجدها ، ومن المحال انه يضربا طالبتين للحق ويقرهما الرسول على ذلك ، فدل ذلك على أنه لا حق لهما في طلب النفقة حال الإعسار ، وإذا كان طلب النفقة في هذا الحال باطلا فكيف تمكن المرأة من فسخ النكاح بعدم ما ليس لها طلبه ولا يحل لها .

(ب) كذلك أيضا كان في الصحابة الموسر والمعسر ، وكسان المعسرون أضعافا للموسرين ، وما مكن الرسول صلى الله عليه وسلم امرأة قط من الفسخ بإعسار زوجها ، فلو كان ذلك جائزا لفعله رسول الله صلى الله عليه وسلم . فدل عدم فعله على أنه لا يجوز أن يكون سببا في الفسخ .

٣- الادلة من المعقول :

وقد استدل أصحاب هذا الرأى على صحته بأدلة عقلية منها :
 (أ) من المقرر شرعا أن إذا اجتمع ضررات ، ارتكب أخف الضررين ، والضرر الذى يترتب على التفريق يؤدى إلى إفساد ضياع حق الزوج بالكلية ، والضرر الذى يترتب على عدم التفريق هو تأخير حق الزوجة ، وطبقا على عدم التفريق هو تأخير حق الزوجة ، وطبقا لهذه القاعدة فعدم التفريق هو أخف الضررين .

(ب) وقالوا أيضا إن المال غاد ورائح وقد جعل الله الزواج عقدا دائما وميثاقا غليظا ، فلا ينبغي أن يكون الاعسار وهويأتى ويروح - سببا للتفريق وإلا كان الزواج كله فى منهب الريح .

(ج) وأخيرا قالوا إن إبقاء الزواج مع الاعسار يفوت المال وهو من التوابع ، أما فسخ الزواج بالاعسار فيؤدى إلى فسوت التناسل ، وهو مقصود أصلى من الزواج ، ولا يعقل ضياع المقصود الأصلى ليقضى المقصود التبعى .

الرأى الثانى :

يرى الأئمة الثلاثة - مالك والشافعى وأحمد - مع خلاف فى التفاصيل - أن للزوجة حق طلب التفريق لعدم الانفاق وعلى القاضى أن يجيب الزوجة إلى طلبها إذا ثبت له ذلك .

وهم أيضا يستدلون بالكتاب والسنة والمعقول :

(١) الأدلة من القرآن الكريم :

(أ) يقول تعالى في امره للزوج " فامسك بمعروفك وتسريح
 بإحسان " وليس من الإمساك بمعروف أن ترغب المرأة
 على البقاء مع زوج لا ينفق عليها ، فيجب الأخذ بالتسريح
 بإحسان وهو إجازة للتفريق .

(ب) يقول تعالى " ولا تمسكوهن ضاررا لتعتدوا " قاله
 ينهى عن الإمساك بالزوجة لإضرارها بها وعدم الانفاق
 إضراراً ، وعلى القاضي أن يوقف هذا عند ما
 بالتفريق .

(٢) الأدلة من السنة :

(أ) روى عن " أبي هريرة " رضى الله عنه أن النبي صلى
 الله عليه وسلم قال " خير الصدقة ما كان منها عن ظهر غنى " .
 واليد العليا خير من اليد السفلى ، وأبدأ بين تعمل ،
 فقيل من أعول يا رسول الله قال امرأتك من تعمل تقول
 أطعمنى وإلا فارقنى . . . فهذا الحديث جعل للمرأة
 الفراق عند الامتناع عن الانفاق ، وقد عقب البخارى
 على هذا الحديث أن محل الاستشهاد وهو قول المرأة
 أطعمنى أو فارقنى من كلام أبي هريرة .

(ب) روى عن " أبي هريرة " أن النبي صلى الله عليه وسلم

قال " في الرجل لا يجد ما ينفق على امرأته يفسرق
بينهما " وقد طعن علماء الحديث في صحة ما روى فيه
وقالوا ان " ابا هريرة " لم ينسب مثل هذا إلى
الرسول صلى الله عليه وسلم .

٢- الأدلة من المعقول :

وقالوا أيضا إن العجز عن الانفاق بسبب الاعسار كالعجز
عند الجماع بسبب الجب أو العنة ، فإذا ثبت جواز الفسخ
بالعنة والجب ، ثبت جواز الفسخ بالاعسار وعدم الانفاق ، بل
الفسخ هنا أولى لأن النفقة لا يقوم البدن إلا بها ، أما لذة
الجماع فيقوم البدن بدونها .

وتورد هذا الدليل ، لأن قياس العجز عن الانفاق بسبب
الاعسار على العجز عن الجماع ، قياس مع الفارق ، لأن النفقة
عند العجز تصير ديناً وليس كذلك العجز الجنسي فافتقرتا
كذلك العجز الجنسي في هذه الحالة مريض لا يرجى زواله ،
أما عدم الانفاق فيرجى زواله .

الرأي الثالث :

وخلاصته التفرقة بين المرأة التي غرر بها الزوج فلها طلب
التفريق ، أما إذا انتفى الضرر فليس لها هذا الحق ، وقد ذهب
إلى ذلك الإمام ابن قيم الجوزية " من فقهاء الحنابلة .

المطلب الثاني "الموقف التشريعي"

ظل القضاء المصري يأخذ بالراجع في مذهب أبي حنيفة ، وهو يقضى بعدم التفريق للامتناع عن الإنفاق ، أو للإعسار وقد حمل ذلك الكثيرين من الأزواج الذين لا يقدرّون تبعات الحياة الزوجية على ترك زوجاتهم بلا نفقة ، بما يهدد كرامة الزوجة ، ويضر بمقصود الزواج ، الأمر الذي أدى إلى تدخل المشرع بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ ، واعتمد أساسا على المذهب المالكي ، وعدل عنه مذهب الاحناف .

أولا : شرح القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠

نصت المواد ٤ ، ٥ ، ٦ من القانون السالف الذكر على الأحكام الواجبة التطبيق عند عدم الإنفاق .

مادة (٤) : إذا امتنع الزوج عن الإنفاق على زوجته ، فإن كان له مال ظاهر نفذ الحكم بالنفقة عليه في مال ————— ، فإن لم يكن له مال ظاهر ولم يقل إنه معسر أو موزر ، ولكنه أصر على عدم الإنفاق فطلق القاضي عليه في الحال ، وإن ادعى العجز ، فإن لم يثبت طلق عليه حالا ، وإن اثبت أمهله مدة لا تزيد على شهر ، فإن لم ينفق طلق عليه بعد ذلك .

مادة (٥) : إذا كان الزوج غائبا غيبة قريبة ، فإن كان له مال ظاهر نفذ الحكم عليه ، بالنفقة في ماله ، وإن لم يكن له مال ظاهر أعذر

إليه القاضى بالطرق المعروفة ، وضرب له أجلا ما فان لم يرسل ما تنفق منه زوجته على نفسها ، ولم يحضر للانفاق عليها ، طلق عليه القاضى بعد مضي الاجل .

فاذا كان بعيد الغيبة ، لايسهل الوصول اليه ، او كان مجهول المحل ، او كان مفقودا ، وثبت أنه لا مال له تنفق منه الزوجة ، طلق عليه القاضى .

وتسرى أحكام هذه المادة على المسجون الذى يعسر بالنفقة .

مادة (٦) : تطليق القاضى لعدم الانفاق يقع رجعيا ، وللزوج أن يراجع زوجته إذا ثبت إيساره ، واستعد للانفاق فى اثنا العدة فإن لم يثبت إيساره ، ولم يستعد للانفاق لم تصح الرجعة .

وموجز أحكام هذه المواد ما يلى :-

١- إذا كان الزوج حاضرا وادعى الإعسار مع إقامة البينة أو تصديق الزوجة له بمهل القاضى مدة لا تزيد عن شهر ، فاذا لم ينفق عليها ، طلق عليه القاضى بعد ذلك .

٢- اذا اعترف الزوج بإيساره أو سكت ، أو ادعى الإعسار ، ولم يقدم بينه على ذلك ولم تصدقه الزوجة ، ثم أصر على عدم الانفاق ، وأصرت المرأة على التطليق ، فعلى القاضى أن يطلقها فى الحال .

٣- إذا كان الزوج غائبا غيبة قريبة يمكن وصول الإعلان إليه بسهولة وفى مدة لا تتجاوز تسعة أيام ، أعلن بالحضور أو ارسال

النفقة ، وضرب له القاضي أجلا ، فإذا تحققت المحكمة مسن وصول الإعلان ، ولم يحضر ولم يرسل النفقة ، وأصرت الزوجة على الطلاق ، طلق القاضي عليه .

وينطبق هذا الحكم على المسجون المعسر بالنفقة .

٤- إذا كان الزوج غائبا غيبة بعيدة ، لا يعرف محله ، ولا يمكن إعلانه ، أو لا تعلم حياته من مائة ، طلق القاضي عليه في الحال ، وإن لا فائدة ترجى من الإمهال .

ويستفاد من الأحكام المتقدمة أنه يشترط لتطبيق الزوجة من زوجها للامتناع عن الإنفاق عليها في جميع الأحوال سאלفة الذكر ثلاثة شروط هي : -

(أ) ألا يكون له مال ظاهر يمكن التنفيذ عليه بالنفقة .
(ب) أن يكون الامتناع عن النفقة الحاضرة ، أما النفقة المتجددة عن مدة ماضية فإن الامتناع عن أدائها لا يكون موجبا للتطبيق .

(ج) أن تثبت الدعوى بالحجج الشرعية لأن الحكم القدي يصدر في الدعوى هو حكم بالطلاق ، فيجب أن يكون مبنيا على دليل شرعي ينتجه .

(د) يشترط عدم نشوز الزوجة ، لأن النشوز مانع من طلب التفريق للأعسار ، فالطاعة شرط من شروط نظر دعوى التطبيق في هذه الحالة . والطلاق لعدم الانفاق يقع رجعيا بنص المادة (٦) أن يراجع زوجته ولا تصح

الرجعة إلا بالشروط الآتية :-

- ١- أن يثبت الزوج نيساره وقدرته على الانفاق عليها النفقة الواجبة شرعا حسب حاله .
- ٢- أن يعلن استعداد له للانفاق عليها ومداومة ذلك .
- ٣- ألا تكون الزوجة غير مدخول بها ، لأن التطليق قبل الدخول طلاق بائنة لا رجعة فيها .

وفي كل الأحوال لا تطلق المرأة لعدم الانفاق إذا كان لها كفيل ميسر له مال ظاهر ، لأن وجوده ينفي شرط التطليق للعسار .

ثانياً : نقد الموقف التشريعي :

مراعاة حال الزوجة أمر محمود ، خاصة وأن النفقة من ضرورات الحياة ، لكن التشريع ، وكما قيل بحق - لم يفرق بين حالة الامتناع عن الانفاق للعسار ، وحالة الامتناع عن الانفاق مع القدرة ويقصد الاضرار ، في الحالة الأولى يجب عدم إجابة الزوجة لطلبها التفريق أو التطليق من القاضي ، فالحياة عسر ويسر ، والقاعدة الشرعية أن الغنم بالعزم ، وقد عاشت المرأة مع زوجها السراء ، فمن الوفاء أن تشاركه الضراء ، ولا ينبغي للتشريع أن يتجاهل البناء الأخلاقي للمجتمع ، خاصة وأن الآيات القرآنية تدعو إلى ذلك ومثالها قوله تعالى في سورة الطلاق " لينفق ذو سعة من سعته ، ومن قدر عليه رزقه ، فلينفق مما آتاه الله ، لا يكلف الله نفسا إلا ما آتاها ، سيجعل الله يتعد عسر يسرا " .

فالتكليف بما لا يطاق مرفوع ، كما انى الاضرار بالزوجة منسوخ
وهذا الراى يعضده كثير من الآثار التى وردت عن فقهاء السلف
الصالح ، فقد سئل "عطاء بن رباح" عن لم يجد ما يصلح لإمرأته
من النفقة ، فقال : ليس لها إلا ما وجدت ، ليس لها إلا ما وجدت
ليس لها أن يطلقها ، وعن الحسن البصرى " انه قال نرى رجلا
يعجز عن نفقة إمرأته : تواسيه وتتقوا لله عز وجل وتصبر ، وينفق
عليها ما استطاع " ، وسئل الامام " الزهرى " عن رجل لا يجد ما
ينفق منه على إمرأته ، أيفرق بينهما ؟ قال : تستأنى به ولا يفرق
بينهما ، وتلا قول الله تعالى " لا يكلف الله نفسا إلا ما أتاها "
سيجعل الله بعد عسر يسرا .

أما الحالة الاخرى ، وهى الامتناع عن الانفاق على الزوجة
مع القدرة ، فهنا الاضرار واضح ، والضرر يزال ، والتعسف بيثن
وينبغى أن يرد ، وعلى القاضى إجابة الزوجة إلى طلبها التطلق ،
دفعاً للضرر ، ومنعاً للتعسف ، وردعا للزوج المتماذى فى غيبته
واضرار به وأهله ، بامتناعه عن أداء حق الزوجة المادى عليه .
ولعل العلماء الاحناف احسوا بحرج موقفهم الذى يقضى بعدم
التطلاق حتى فى هذه الحالة ، وقد أشار إلى ذلك "ابن عابد بن"
عند ما نقل أن بعض الفقهاء الأحناف استحسنوا فى هذه الحالة
ان ينصب القاضى الحنفى نائبا عنه يكون من مذهب التفريق بين
الزوجين لعدم الانفاق ، فيقضى فى هذه الحالة ، وقضاؤه نافذ
لأن إنباته صحيحة .

إنه امتناع الزوج عن الإنفاق على زوجته ، وامتناعه عن
تسريحها يعد اعتداءً على مبدأ الامساك بالمعروف ، والتطليق
واجب على القاضى عند طلب الزوجة ، لأن فى مقدمة واجبات
القضاء رد العدوان ، وردع المعتدى .

البحث الثاني

"التفريق للعيوب"

لا شك أن العيوب في أحد الزوجين توهن الحياة الزوجية ، وقد تقضى على الألفة بين الزوجين ، وهي تؤثر لا شك على مقاصد الزواج ، ولزام الزوج والزوجة كلاهما بضرورة إبقاء الزواج قد يكون فيه الإرهاق لهما ، فلا بد من سبيل إلى الفقرة ، ولأن الزوج هو الذى يملك الطلاق ، فالقاضى هو الذى يرفع الغبن عن الزوجه نفسى مثل هذه الأحوال .

وفى السنة أحاديث تشير إلى العيوب وأثرها على الحياة الزوجية فقد روى " الإمام أحمد " فى مسنده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، تزوج امرأة من بنى غفار ، فلما دخل عليها ، فوضع ثوبه ، وقعد على الفراش ، أبصر على كشحها بياضا ، وهو مرض فى الجلد فأنحاز عن الفراش ، ثم قال : خذى ثيابك ، ولم يأخذ مما آتاها شيئا .

وفى النوطيا ، عن عمر رضا الله عنه ، أنه قال " أبطأ امرأة غريبها رجل ، بها جنون أو جذام أو برص ، فلا المهر بها أصاب منها ، وصداق الرجل على من غيره .

وجاء عن عمر رضا الله عنه التفريق بالعتة ، وروى عنه أيضا أنه أجل مجنونا سنة ، فإن أفاق وإلا فرق بينه وبين امرأته ، وهذه الأحاديث والآثار تدل على أن فكرة التخليق للعيوب لها وجود فقهي منذ فترة مبكرة ، وتجد سندها فى القواعد العامة للشريعة .

وسوف ينقسم هذا البحث الى مطلبين :-

- المطلب الأول : الموقف الفقهي
- المطلب الثاني : الموقف التشريعي

المطلب الاول

الموقف الفقهي

في فقه الصحابة والتابعين ، ما يبرر خلاف الفقهاء في العصور
التالية ، فهنا نجد الامام "الزهري" يرد الزواج بالمعيوب لكل
واحد من اعضاء دين تحديد ، يرى "الشعبين" عن "الحشارث"
عن "علي" رضي الله عنه قال يرد النكاح قبل أن يدخل الرجل
بامراته من أربع ، من الجذام ، والبرص ، والجنون ، والقسور .
ويمكن تقسيم الموقف الفقهي من المعيوب إلى ثلاثة اراء :-

الرأي الأول :-

يرى ابن حزم شيخ الظاهرية أن المعيوب لا اثر لها فليس
عقد الزواج ، يستوي في ذلك عيوب الرجل ، وعيوب المرأة ، فعقد
الزواج إذا تم صحيحا لا يفسخ بعد صحته بجذام ولا برص ولا جنون ،
ولو وجد المرأة زوجها مريضا او مجنونا ، فليس لها أن تطالب
بالفرقة ، وليس على القاضي التفريق بينهما ، وليس له أن يضرب لهما
أجلا ، بل هي امرأتان إن شاء الله ولن شاء طلق .

و "ابن حزم" مجادل معيب ، ومناظر صلب ، وقد رد على
آثار الصحابة ، وموقف الفقهاء الأربعة ، ومع ذلك فهو لم يصد الباب
أمام التفريق ، فقد ذكر أنه لو اشترط الزوج سلامتها من العيوب
ثم وجد بها عيبا ، يكون العقد مفسوخا مرددا لا خيار له في اجازته ،
ولا عدا في فيه ولا خيرات ولا نفقة ، دخل بها أو لم يدخل ، لأن التمسك
أو دخلت عليه غير التي تزوج بها .

فالظاهرة يرون أنه لا خيار لأحد من الزوجين إذا ما وجد
بصاحبه عيباً ، فالتفريق بالمعيب ممنوع مطلقاً ، سواء كان العيب حادثاً
قبل العقد أو بعده ، وسواء كان الزوج أو بالزوجة ، فليس لأحد
الزوجين مطالبة القاضي بالتفريق ، أما الآثار المروية عن الصحابة
فلم تشهد عند " ابن حزم " وعلى فرض ثبوتها فليس بها دليل لأنها
رأى لصحابي ، ورأى الصحابي لأحجية له عند الظاهرة ، خاصة فيما
هو محل للاجتهاد .

الرأي الثاني :-

ويتفق عليه فقهاء المذاهب الأربعة ، وهو يجيز التفريق
بين الزوجين للمعيب ، وأصحاب هذا الرأي انقسموا إلى فريقين ،
فريق يجعل التفريق للمعيب حقاً للمرأة فحسب إذا ما وجد عيباً في
الرجل ، وفريق يرفض التفريق بين الرجل والمرأة ، ويعطي كلاهما
حق طلب التفريق متى توافرت عيوب خاصة ، ومستوى في ذلك الزوج
والزوجة .

أولاً : الفريق الأول ؛ ويشكك الأحناف ، وقد جعلوا حق
التفريق خاصة بالمرأة ، في العيوب التي توجد في الزواج دون الزوجة ،
فالمرأة لها وحدها حق طلب التفريق ، ويكفي الرجل أنه يطلب
الطلاق دونها .

واختلف فقهاء الأحناف في عدد العيوب التي تجيز للزوجة
طلب التفريق ، فيرى الشيخان " أبو حنيفة " و " أبو يوسف " أن الزوجة

لا يمكنها طلب التفريق بينها وبين زوجها ، إلا بأحد العيوب الثلاثة وهي الجب ، والخصاء ، واللعنة ، ويرى " محمد بن الحسن " أن عدد العيوب الموجبة للتفريق ستة هي ، الجب ، والخصاء ، واللعنة ، والجنون ، والبرص والجذام ، والأساس الفقهي هو الضرر الذي يصيب الزوجة ، والهدأ العام في الشريعة الإسلامية هو ما قاله الرسول صلى الله عليه وسلم " لا ضرر ولا ضرار " .

ولا يعضى موقفا لا حائفاً أنهم توسعوا في التطلاق للميسب بل هم أكثر من غيرهم في التصديق من دائرة التفريق بالميسب ، فلا يجوز للمرأة التفريق في العيوب الثلاثة المتفق عليها عند الأحناف وهي الجب ، واللعنة ، والخصاء ، إلا بالمروط الآتية :-

- (١) ألا يكون الزوج قد وصل إلى الزوجة ، فلو وصل إليها ولو مرة واحدة في العمر لم يثبت لها حق طلب التفريق ،
- (٢) ألا يكون الزوج متعالة بالمعيب وقت النكاح ، فإذا كانت على علم بالمعيب لا يثبت لها حق التفريق .
- (٣) ألا تزني بالمعيب بعد علمها به ، فإذا علمت ورضيت ليس لها طلب التفريق ، بشرط أن تعلن رضاها صراحة ، فالمكورة ليس علامة الرضا في هذه الحالة .
- (٤) ألا يكون بالزوجة عيب مانع من الاتصال الجنسي ، فإذا كان بها عيب فلا حق لها في طلب التفريق ، لأن الاضرار هنا غير متوافرة ، وهو أساس طلب التفريق .

ثانيا : الفريق الثاني :-

ومثله المالكية والشافعية والحنابلة من مذاهب اهل السنة
ومعهم الشيعة الزيدية والجعفرية ، وقد ذهبوا الى جواز التفريق
لعيب الرجل والمرأة على سواء ، وأن التفريق حق لهما على سواء ،
وقد اختلفوا هو "لا" عن الاحناف في عدم قصر حق التفريق على عيب
المرأة وحدها ، واختلفوا فيما بينهم على عدد العيوب التي يجسب
الفرقة ، وتعطى الرجل والمرأة حق اللجوء الى القضاء لطلب التطلاق .

وحق طلب التفريق الثابت لأحد الزوجين - عند هذا الفريق
- لا يمنع منه وجود عيب مائل في الآخر أو غير مائل ، وذلك عند
"مالك" و "أحمد" و "الشافعي" على أصح القولين وأيضا
عند الشيعة الجعفرية ، يرى "أحمد" أنه ليس لامرأة العيوب
حق الفسخ إذا قام بها مانع يمنع مباشرتها كالرتق ، ويشترط "الشافعي"
في امرأة العنن إذا طلبت التفريق ألا يقع بها ما يمنع من مباشرتها
وظاهر نصوص الفقهاء توسع بالحصر في هذه العيوب ، إلا أننا إلى
جانب هذه النصوص نجد نصوصا لبعض الفقهاء تدل على عدم قصر
الأثرة التفريق على العيوب المتقدمة ، فيلحق بها ما يماثلها من أضرار وعيوب

ثالثا : الرأي الثالث :-

وهو الذي يجيز طلب التفريق مطلقا ، ومثله "شرح" وابن
سهاب الزهري "و" أيوب " فكل عيب بأحد الزوجين ينفر منه

الآخر ويحول دون المقصود من النكاح ، يشهد به حق طلب التفريق
من الرجل والمرأة .

وقد أيد ذلك " ابن تيمية " حيث قال " نرد المرأة بكل
عيب ينفر عن كمال الاستمتاع " .

ومثل ذلك ما يقوله " ابن القيم " حيث قال " والقياس أن كل
عيب ينفر الزوج الآخر منه ، ولا يحصل به مقصود النكاح من الرحمة
والمودعة ، يوجب الخيار " أى يشهد به طلب التفريق للطرف المضرر
وما يقوله " ابن تيمية " و " ابن القيم " ليس جديداً على الفقهاء
الاسلام ، فقد نسب " الكاسانى " إلى " محمد بن الحسين "
بقوله وقال محمد : رأى . خلوا الزوج من كل عيب لا يمكنها المقام
معه إلا يضرره كالجنون ، والجذام ، والهرس . . . حيث جعلت
هذه العيوب بصيغة التثنية .

والرأى عندى أن هذه التوسعة تتفق مع الأساس الفقهي
الذى تقوم عليه نظرية التفريق للعيب ، والفرقة بالعيب تقع طلاقاً
بائناً عند الأحناف والمالكية ، وذهب الشافعية والحنابلة إلى أنها
إنها فسخ وليست طلاقاً .

المطلب الثاني

الموقف التشريعي

حتى صدور القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ ، كان المصل في مصر يجرى وفق الراجح في مذهب الإمام أبي حنيفة، ولكن الواقع العمل اتجه بالمشروع وجهة أخرى ، وكان الرأي الثالث الساذي قاله به " الزهرى " و " ابو ثور " ثم " ابن تيمية " و " ابن القيم " هو أقرب الآراء تحقيقا للمصالح التي توخاها الشرع ، ومنهجية التفتين تتوخى لولى الأمر الاختيار الحر من فقه المذاهب ، والسلم القاضى به عن طريق مبدأ تخمين القضاء ، وهو ما حاوله المشرع المصرى فى القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ وغيرها من القوانين التى تستلخص من الشريعة الإسلامية :-

أولا : النصوص القانونية وشرحها :-

نص المواد من ١ - ١١ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠

على أحكام الفرقة للميوب وهذا نصها :-

مادة (١) للزوجة أن تطلب التفرقة عنها ومن زوجها إذا وجد عيبا مستحكما لا يمكن البرء منه ، أو يمكن بعد زمن طهر ولا يمكنها المقام معه إلا بخبر ، كالجنون والجذام والبرص ، ... كان ذلك العيب بالزوج قبل العقد ولم تعلم به أم حدث بعد العقد ولم ترض به ، فإن تزوجته طاعة بالعيب أو حدث العيب بعد العقد ورضيه به سراحة أو دلالة بعد علمها فلا يجوز التفرقة .

مادة (١٠) : الفرقة بالعيوب طلاقه بائن .
 مادة (١١) : يستعان بأهل الخبرة في العيوب التي يطلب
 فسخ الزواج من أجلها .

وبما أن نصوص القانون أنها عاجزة فقط العيوب غير
 التناسلية والمنقورة ، أما العيوب التناسلية التي تكون بالزوج كالعنة
 مثلا ، فإن مذهب القضاة هو أرجح الأقوال من المذهب الحنفى ، وهو
 رأى " أبى حنيفة " الذى يجعل للزوجة إذا وجدت يزوجها أحد
 عيوب ثلاثية هي الجب والعنة والخصاء أن تطلب
 التفريق وهي القاض إجابة طلبها .

أما في العيوب غير التناسلية كالجنون والجذام والبرص فهى
 التي يحكمها القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ ، وهى تعطى الزوجة
 في هذه الحالة حق طلب التفريق بالشروط التالية :-

- (١) أن يكون العيب مستحكما لا يمكن البرء منه ، أو يمكن ولكن
 بعد زمن طويل .
- (٢) ألا يمكن البقاء مع الزوج إلا بضرره والضرر عام يشمل الزوجة
 وأبنائها ، وأهل الخبرة من الأطباء هم الذين يدرسونهم
 تقرير ذلك .
- (٣) ألا تكون الزوجة عالة بالعيوب منذ عقد الزواج ، فإذا علمت
 فليس لها حق طلب التفريق .

(٤) ألا تكون قد رضيت صراحة أو دلالة بالعيوب بعد العقد

فتى علمت برضيت لا يكون لها حق طلب التفريق .

(٥) أن تطلب الزوجة التفريق - لأنه حقها - من القاضي ،

لأن فعل القاضي يضاف إلى الزوج وكأنه طلقها بنفسه ،

إذا كانت المرأة غائبة جاز طلب التفريق من وكيلها ، وإذا كانت

فاقة الاهلية أو ناقصةها جاز لوليها طلب التفريق .

وفي حالة العيوب التناسلية يؤجل القاضي العنينين

والجنس ستة كاملة لاختبارهما قبل الحكم بالفرقة ، ولا عبرة بتأجيل

غير القاضي كأن يتفق الزوجان على ذلك ، أو تسهل الزوجة زوجها ،

والتأجيل هنا ولمدة ستة وجوب على القاضي طبقاً لنص المسادة

٢٩٩ من لائحة الاجراءات الشرعية حتى لو صدق الرجل الزوجية

واقر بعيوبه ، والسنة القمرية ٣٤٥ يوماً هي أساس التقدير على السراى

الراجع عندنا ، وتبدأ السنة من يوم الخصومة أى من يوم اقامته

الزوجة الدعوى على زوجها .

ثانياً : رأينا في القانون :-

لا شك في أن القانون فيه ايجابيات كثيرة ، في مقدمتها

التوسع في العيوب التي تشبه التفريق ، اخذاً بما روى عن " الزهرى "

و " سعيد بن المسيب " ، كما قيل بحق - فإن القانون أحسن منعا

في تعميم العيوب وعدم حصرها .

كما احسن القانون منعا بأن جعل فرقة العيوب فرقة بائنة ، لأن الضرر الذي يقع الطلاق برفع ضرره اتم أو مستعرتقرة طهارة ، والثالي فالأنسب أن يكون بائنا حتى لا يعود الزوج إلى المراجعة . ومعت بصير المرأة التي هربت بجلد هامنه . والقانون هنا يأخذ برأى الأحناف والحنابلة . فمضى وبعد المحكمة أن العيوب التي وصفها القانون ثابتة ، وأنه لم يحصل من الزوجة ما يستلزم حقها في طلب التفريق ، حكمت المحكمة بذلك وكان طلاقها بائنا سواء كانت الفرقة قبل الدخول أم بعده ، حتى يتحقق الغرض المقصود من التفريق بالعيب .

وعلى الرغم من ايجابيات القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ إلا أن به من العيوب ما يحسن الإشارة إليها .

(١) منها أن القانون اخذ برأى الأحناف وقصر حق طلب التفريق على الزوجة وحدها ، والمصلحة تقتضى الأخذ برأى الجمهور ومعطى لكل من الزوجين حق طلب التطلق بالعيب المستحكم في الآخر ، ولا يقال أن الزوج يملك الطسلاق ، لأن أعباء التطلق غير أعباء الطلاق .

(٢) ومنها أن القانون لم يحدد مدة إسهال الزوج الذي به عيب يرجى زواله ، وترك ذلك للخبرة ، وهذا يضر بالزوجة ، ويؤدي إلى الخلاف بين قضاة المحاكم من ناحية ، وبين

المقاضيين انفسهم من ناحية اخرى ، وقد حدد القانون مدة الاسمال
للمجنون والعنيد بعام ، وهى مدة مناسبة إذا حدد ها لمن يسه
عيبه رجئ زواله •

المبحث الثالث

التطليق للاضرار

الحياة الزوجية غايتها المودة والرحمة ، و من مقاصدها التماسل
وتكوين الأسرة ، وهى غايات ومقاصد لا يحققها إلا الاستقرار ، فإذا
ثار النزاع بين الزوجين ، وأصبح النزاع والتخاصم ، هو ما يلتقيان
عليه صباح مساء ، والكيد والحق الأذى هو ما يتفقا عليه ، إذا حدث
ذلك فإنها أسرة تعيسة ، الزوج فيها قلق النفس ، السلوك ،
والمرأة فيها تعاني الاضطهاد ، أو تشتغل بحبك الدسائس
انتقاما من الزوج أو رداً لمكائده ، ودفعاً لأضراره ، وقد لا يكون
الأضرار عن عمد بل لغيبة من الزوج قد تكون غير مقصودة ، أو حيس
استعد بالزوج عن أهله ، ولكنه لا يريد ، وإن ارتكب ما يوجب به ، ويستحق
عليه المواجهة واللوم .

كل هذه أضرار لا تلحق بالزوجين فحسب بل تمتد إلى الأولاد
والأصهار ، وليس من سبيل لحسمها إلا فرقة يتباعد بها الطرفان ،
وقد يعود بعد الفرقة ما غاب من أمان ، والمذهب الخفى لا يعرف الفرقة
بالشقاق والضرر ، فاتجه المشرع المصرى إلى المذهب الأخرى ،
وأسعه المذهب المالكى فأخذ منه أحكام التفريق للضرر بسبب
الشقاق ، أو غيبة الزوج ، أو حبسه ، وهذا ما نص عليه القانون رقم ٢٥ لسنة
١٩٢٩ والمعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ وسوف

ينقسم هذا المبحث إلى مطلبين :

المطلب الأول : التطليق لمرة العشرة وتعدد الزوجات .

المطلب الثانى : التطليق للغيبة وحبس الزوج .

المطلب الاول

التطليق لسوء العشرة وتعدد الزوجات

حسن المعاشرة والألفة والمودة ، من عناصر البناء الأخلاقي
 الأسري ، فإذا تحولت المودة إلى بغض ، وانقلبت الألفة إلى
 سوء عشرة وهجر ، فالفرقة أولى وأوجب ، وكان القضاء المصري يعمل
 بأرجح الأقوال في المذهب الحنفي ، وهو مذهب لا يعرفه التطليقي
 للضرر ، ولا يفتح للزوجة بابا للخلاص ، حتى لو أصبح الزوج
 لا يطاق ، ومسكن الأسرة كأنه جحيم ، فجاء القانون رقم ٢٥ لسنة
 ١٩٢٩ وأخذ أحكام التطليق للضرر من المذهب المالكي ، وأضاف
 القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ مادة جديدة تجيز للزوجة
 التي تزوج عليها زوجها ، طلب التفريق للضرر ، ويقع عليها عبء
 إثبات الضرر حتى تقبل دعواها ، ويحكم لها بالتفريق .
أولا : التطليق لسوء العشرة :

وهو الجديد الذي جاء به القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ، أخذنا
 من مذهب الإمام مالك ، وهو اتجاه فقهي يجد سنده في قوله
 تعالى " وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من
 من أهلها إن يريد الإصلاحا يوفق الله بينهما ، وإن الله كـيـفـان
 عليها خيرا " .

وقد نصت المواد من ٦ - ١١ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩
 على هذه الأحكام الجديدة ، ووضعت لأول مرة في التشريع المصري .

للاحوال الشخصية مبدأ خلاصته أنه يجوز للزوجة أن تطلب من القاضي لتفريق بينها وبين زوجها إذا أدعت إضراره بما لا يستطاع معه دوام العشرة بالمعروف بين أمثالها ، وعلى القاضي بعد سماع الدعوى أن يجتهد أولا في الإصلاح بينهما ، والعمل على إزالة الخلاف ، فإذا فشل سعيه ، سار في الدعوى بالطرق الشرعية ، ويبحث وقائع الإيذاء التي أدعت الزوجة حصولها ، ومدى ما أصابها أو يضييها منها من أضرار ، ويراعى في ذلك ظروف الزوجين ، وحالتهم ومنزلتهما الإجتماعية والثقافية ، والوسط الذي يعيشان فيه ، وغير ذلك من الاعتبارات ، والضابط العام في ذلك هو أن يكون الإضرار المدعى به من شأنه استحالته دوام المعاشرة الزوجية . فإذا ثبت طلقها القاضي طلاقه بائنة .

وقد استبدل القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ نصوص المواد من ١١-٦ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٩ بنواد أخرى ، لا تختلف في مضمونها كثيرا عن المواد المعدلة ، مع بعض الإضافات الاجرائية التي رأى فيها المشرع أهمية خاصة لتحقيق غايات التفريق لتسوية العشرة ، مع ملاحظة أن المادة الأساسية الخاصة بهذا التفريق بقيت كما هي ، فالنصوص الحاكمة للتفريق للضرر والقضاء المسمى بالطلاق .

١- في القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ لا تزال المادة السادسة
وهي أساس التفريق بالضرر وسوء المعشرة باقية على حالها ،
وحكمها قائم بلا تعديل ، ونعمها ما يلي :
مادة (٦) إذا ادعت الزوجة ضرار الزوج بها ، بما لا يستطاع
معه دوام المعشرة بين أمثالها يجوز لها أن تطلب من القاضي
التفريق ، وحينئذ يطلقها القاضي طلاقاً بائناً إذا ثبت الضرر
وعجز عن الإصلاح بينهما فإذا رفض الطلب ثم تكررت الشكوى
ولم يثبت الضرر ، بعث القاضي حكماً وقضى على الزوج
المبين بالمواد من ٧ - ١١ .

٢- في القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ :
أحكام هذا القانون جاءت تعدّلاً لبعض مواد القانون رقم
٢٥ لسنة ١٩٢٩ ، مع إضافات جديدة ، والمواد من
٧ - ١١ بعد تعديلها هي :
مادة (٧) يشترط في الحكمين أن يكونا عدلين من أهـل
الزوجين إن أمكن وإلا فمن غيرهم ممن لهم خبرة بحالهما وقدرة
على الإصلاح بينهما .
مادة (٨) أ- يشتمل قرار بعث الحكمين على تاريخ بسـد
وانتـهاـء ماوريتهما على ألا تتجاوز مدة ستة أشهر ، وتخطر المحكمة
الحكمين والخصم بذلك ، وعليها تحليف كل من الحكمين اليمين
بأن يقوم بمهمته بعدل وأمانة .

(ب) يجوز للمحكمة أن تعطى للحكمين مهلة أخرى مرة واحدة لا تزيد على ثلاثين شهرا فإن لم يقدموا تقريرهما اعتبرتهما غير متفقين .

المادة (٩) لا يؤثر في سير عمل الحكمين امتناع أحد الزوجين عن حضور مجلس التحكيم متى تم بإخطاره .

وعلى الحكمين أن يتعرفا أسباب الشقاق بين الزوجين ويبيضا جهدهما في الإصلاح بينهما على أية طريقة ممكنة .

المادة (١٠) إذا عجز الحكمان عن الإصلاح .

(أ) فإذا كانت الإساءة كلها من جانب الزوج اقترح الحكمسان التفريق بطلقة بائنة دون ماس بشىء من حقوق الزوجية المترتبة على الزواج والطلاق .

(ب) وإذا كانت الإساءة كلها من جانب الزوجة اقترحا التفريق نظير بدل مناسب يقدرانه تلزم به الزوجة .

(ج) إذا كانت الإساءة مشتركة اقترحا التفريق بدون بدل أو ببدل يتناسب مع الإساءة .

(د) وإن جهل الحال قلم يعرف الممنوع منهما اقترح الحكمان تطليقا دون بدل .

المادة (١١) على الحكمين أن يرفعا تقريرهما إلى المحكمة مشتملا على الأسباب التي بني عليها فإن لم يتفقا بحثتها مع ثالث له خبرة بالحال وقدرة على الإصلاح وحلفته الميمين المبينة في المادة (٨) .

وإذا اختلفوا أو لم يقدموا تقريرهم في الميعاد المحدد سارت المحكمة في الاثبات ، وإن عجزت المحكمة عن التوفيق بين الزوجين وتبين لها استحالة العشرة بينهما وأصرتا للزوجية على الطلاق ، قضت المحكمة بالتطليق بينهما طلاقاً بائناً مع إسقاط حقوق الزوجة المالية كلها أو بعضها والزامها بالتعويض المناسب إن كان لذلك كله مقتضى .

هذه هي مواد التفريق لسوء العشرة في القانون المصري للأحوال الشخصية ، وقد تطورت فيها مهمة الحكيم . فهي في القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ تحكيم ملزم بنتائجه ، فإذا اتفق الحكمان على مسألتين معينتين تحرراً به مختصراً كتابياً يشمل بحثهما وعملهما ، وما يقرانه في الموضوع ، ويوقعان عليه معا ويرفعانه للقاضي السدي يجب عليه أن يحكم بمقتضاها .

فما جاء به القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ تحكيم يلتزم به القاضي .

أما دور الحكيم وفقاً للمواد السالفة الذكر في القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ فيقتصر على الإصلاح بين الزوجين ، فإذا عجزا عنه رفعوا إلى القاضي تقريراً يتضمن ما يراه من اقتراح ومسن بينهما الطلاق ببدل أو بغير بدل . والقاضي هو الذي يقضى بالتطليق إذا رأى ذلك ، وهذا يكاد يذهب جوهر التحكيم . وقد قضت محكمة النقض المصرية في حكم لها في ٦/٢٦ لسنة ١٩٩٠ بأن الحكيم طريقهما الحكم لا الشهادة ولا الوكالة ، وأنهما

إذا اتفقا على رأى نفذ حكمهما ووجب على القاضى إنفاذه دون تعقيب •

وما أرتأته محكمة النقض هو الصحيح فقها ، ولكن نصوص القانسون لا تسعف على القول بـ •

ومن اللافت للنظر أيضا أن القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ كان يشترط الرجولة فى الحكيم ، وهو ما أغفله نص المادة السابعة بعد تعديله بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ ، وبالتالى يصح طبقا لنص المادة السابعة بعد تعديلها أن يكون الحكمان امرأتين أو امرأة ورجلا •

ثانيا : التطلاق لتعدد الزوجات :

المادة رقم ١١ مكرر (١) من القانون رقم ١٠٠ سنة ١٩٨٥ أضافت حكما جديدا لم يرد فى القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ يجيز للزوجة التى تزوج عليها زوجها ، والزوجة التى تزوجها الرجل وهى غير عالة بأنه تزوج بأخرى ، أجاز لها أن تطلب التطلاق إذا لحقها ضرر يتعذر معه دوام العشرة ، ولو لم تكن قد اشترطت عليه فى العقد ألا يتزوج عليها • والنص الجديد ما يلى :

مادة (١١) مكرر • • • • • ويجوز للزوجة التى تزوج عليها زوجها أن تطلب الطلاق منه إذا لحقها ضرر مادي أو معنوي

يتعذر معه دوام العشرة بين أمثالهما ولو لم تكن قد اشترطت عليه
في العقد ألا يتزوج عليها •

فلذا عجز القاضى عن الإصلاح بينهما طلقها عليه طلاقاً بائناً
ويسقط حق الزوجة في طلب التفریق لهذا السبب بمضى سنة من تاريخ
علمها بالزواج بأخرى • إلا إذا كانت قد رضيت بذلك صراحة أو ضمناً •
ويتجدد حقها في طلب التطلاق كلما تزوج بأخرى •

وإذا كانت الزوجة الجديدة لم تعلم أنه متزوج بنسوانها ثم ظهر
أنه متزوج فلها أن تطلب التطلاق كذا لك •

هذا النص الجديد أجاز للمرأة التي تزوج عليها زوجها أن تطلب
التطلاق منه بالشروط الآتية :-

١- أن تكون المرأة طالبة التطلاق زوجة بمقد زواج صحيح • فالعقد
القاسد لا يعطيها هذا الحق • ولا يشترط الدخول أو الخلوة •
فيكفى العقد الصحيح لأثبات حق الزوجة في طلب التطلاق •
إذا تزوج رجلها بأخرى •

٢- أن يترتب على الزواج بأخرى ضرر مادي أو معنوي للزوجة طالبة
التطلاق • فلذا لم يثبت الضرر برفض طلب التطلاق • ويقسح
على المرأة عب إثبات هذا الضرر •

٣- أن يكون الضرر المتحقق بما يتعذر معه دوام العشرة بين
أمثالهما •

والضرر الذى نصت عليه المادة الحادية عشرة من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ هو ضرر حقيقى ، ويقع عبثا ، إثباته على المرأة التى تدعيه ، وتطلب التطبيق بناء عليه ، وكان المرسوم بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ يقضى بغير ذلك ويعتبر الزواج بأخرى ضررا مفترضا بحكم القانون ولا يقبل اثبات العكس ، ويجيز للزوجة أن تلجأ إلى القضاء طالبة التطبيق ، وليس عليها إلا تقديم ما يثبت زواج غيرها بأخرى ، ولا شك أن النص القديم يكاد يمنع التعدد ، بل ويعتبر مجرد حدوثه ضررا بذاته ، وهو ما يخالف النص المرسوم الشرعية التى أباحت التعدد ، وحسنا فعل القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ ، فقد استجاب لنقد الفقهاء الشرعى للمرسوم القانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ ، صحيح أن القانون برمته قضى بعدم دستوريته لأسباب شكلية ، وعيوب إجرائية ، إلا أن هذا النص كان معرضا للإلغاء أمام المحكمة الدستورية حتى ولو لم يتعرض القانون لعيوب فى الشكل والإجراءات ، وعلى الرغم من التعدد الذى جاءت به المادة ١١ من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ ، إلا أن التطبيق العملى يطرح عددا من الصعوبات ، أهمها كيفية تحديد الضرر المعنوى ، لأنه حالة نفسية لا يمكن للغير الأحسان بها أو تقديرها ، خاصة وكما قيل بحق — أن الضرر النفسى لا يتعلق به حكم شرعى ، وإن الحكم كما عرفه الأصوليون هو خطاب للمال متعلق بأفعال المكلفين طلبا أو تخييرا أو رضاء ، فالحكم الشرعى متعلق بأفعال المكلفين لا بمعواطفهم ولا بأهوائهم ، والبرأى

عندى أن تحديد الضرر النفسى أو حصر صورته أمر يخالف الحقيقة ،
والانسحاب عن الأمر للقضاء يبت فيه وفقاً للقواعد العامة فى الشريعة
الإسلامية ودعوى التطلاق بسبب التعدد لا تخضع لإجراءات التطلاق
للضرر المنصوص عليها فى المواد من ٦ - ١١ . فلا يشترط عرض
النزاع على المحكمين ، فالقانون لم يشر اليهما فى هذا الشأن ،
وكل ما اشترطته المادة ١١ مكرراً أن على القاضى أن يتدخل
للاصلاح بين الزوجين قبل الحكم بالتطلاق ، والتدخل بالاصلاح
من القاضى وجوبى هنا ، فإذا أغفل القاضى هذا الإجراء ، وحكم
بالتطلاق قبل عرض الصلح كان الحكم باطلاً .

وحق الزوجة فى طلب التفريق للزواج بأخرى لا تملكه على الدوام ،
بل لابد من استئذانه خلال فترة معينة ، وينسقط حقها فى طلب
التطلاق لهذا السبب بنقض سنة من تاريخ علمها بالزواج الجديد ،
ويتجدد حقها فى طلب التفريق كلما تزوج رجلها بأخرى ، كمنسأ
ينشأ حق للزوجة الجديدة إذا ما تزوج بأخرى ، فالنفس لا يتغلق
بالزوجة الأولى بل تستعيد به كل زوجة جديدة كانت أم قد تمت ،
مسلمة كانت أو كتابية ، بل أن الحق فى طلب التفريق يثبت للزوجة
الجديدة إذا لم تعلم أنه متزوج بسواها ، ثم ظهر بعد ذلك
أنه متزوج ولم يخطأ الأولى لحقها فى طلب التطلاق لزواج زوجها
بأخرى بتوافقها على الزواج الثالث ، أو برضاها به ، أو بمقتضى
إقامتها الدعوى فى التمتع الجديد ، أو برضاها التمسك

رفعتهـا لا خفاقها في الاثبات ، أو لتنازلها عن دعواها بقبولها
 الصلح مع زوجها أو لأى أمر آخر ، كل ذلك لا يسقط حـق
 الزوجة الأولى إذا تزوج الزوج بـزوجة جديدة ، فالحق نفسى
 طلب التـطليـق يتجدد مع كل زواج جديد ولكل الزوجات بـسـلا
 استثناء حتى الزوجة الجديدة مع توافق الشروط التى نص عليها
 القانون .

ولـثبات الزواج الجديد يحتاج إلى ما يلى :

١- أن تثبت الزوجة أن زوجها قد تزوج زواجا شرعيا صحيحا
 فالعقد الفاسد لا يبيع طلب التفريق .

٢- أن يثبت الزواج بأحد امرين :

أ (يثبت الزواج بالوثيقة الرسمية المستوفاة لشروط صحتها
 طبقا للبلد الذى تم فيه الزواج ، لأن الشروط تتبع
 قانون العقد .

ب) ويثبت الزواج أيضا بالوثيقة العرفية عند اقار الزوج بـه ،
 ولا يثبت بها عند الانكار ، لأن دعوى الزوجية في هذه
 الحالة لا تسمع أصلا .

وطلب التـطليـق في هذا الحالة هو تطليق للضرر ، ومناط بـه
 وقوع الضرر فعلا ، فإذا طلق الزوج زوجته الجديدة ، فلا يمنع

ذلك من الاستمرار في نظر المدعى ، ذلك أن زوال الضرر

بعد وقوعه لا يمنع من التـطليـق ، وهذا ما انتهت إليه

أحكام محكمة النقض المصرية .

٣- ان تطلبها لتطليق قبل مضي سنة من تاريخ علمها بالزواج
الآخر .

والتطليق الذي يحكم به القاضي بناءً على نص المادة ١١ مكرر
في هذه الحالة ، هو طلاق بائن .

ثالثا : طلب الزوجات لتفريق عند اعتراضها على العودة إلى مسكن الزوجية :

تنص المادة ١١ مكرر في فقرتها الثانية على ما يلي :

إذا امتنعت الزوجة عن طاعة الزوج دون حق توقف النفقة من تاريخ
الامتناع .

وتعتبر امتنعة دون حق إذا لم تعد إلى مسكن الزوجية بعد
دعوتها للعودة بإعلان على يد مخضر لشخصها أو مسن
ينوب عنها وعليه أن يبين في هذا الاعلان المسكن ، وللزوج
الاعتراض على هذا أمام المحكمة ابتداءً خلال ثلاثين يوما مسن
تاريخ هذا الاعلان . وعليها أن تبين في صحيفة الاعتراض الأوجه
الشرعية التي تستند لطلبها في امتناعها عن طاعته وإلا حكم بعدم قبول
اعتراضها ، ويعتد بوقف نفقتها من تاريخ انتهابها ، معاد الاعتراض
إذا لم تتقدم به في الميعاد .

وعلى المحكمة عند نظر الاعتراض ، أو بناً على طلب أحدهما
الزوجين ، التدخل لانها النزاع بينهما صلحا باستمرار الزوجية

وجسن المعاشرة ، فإذا بان لها أن الخلاف مستحكم وطلبت
الزوجة لتطليق أتخذت المحكمة اجراءات التحكيم الموضحة فسمى
المواد من ٧ - ١١ .

هذه المادة إضافة جديدة من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ ،
وهي تضيف حكما جديدا ، يلتحق بالتطليق للضرر عند الشقاق
بين الزوجين ، والنص ينطبق على الزوجة التي تغادر منزل الزوجية
وتمتنع من العودة إليه ، بعد أن طلبها الزوج بالطريق الذي نص
عليه القانون ، في هذه الحالة يمكن للزوجة الاعتراض على دعوتها
إلى بيت الزوجية ، وإيداع أسباب الاعتراض ، ولها عند نظر الاعتراض
المقدم منها أن تطلب التطليق من زوجها ، وطلب الزوجة في هذه
الحالة يختلف عن دعوى طلب التفريق للضرر بسبب الشقاق بين
الزوجين . ففي حالة طلب التطليق أثناء نظر دعوى اعتراض
الزوجة على الطاعة ، فإن المحكمة إذا لم تتمكن من إنهاء النزاع بين
الزوجين صلحا ، تتخذ اجراءات التحكيم المنصوص عليها في المواد
من ٧ - ١١ مباشرة ، ولا تنتظر إخفاقي الزوجة في إثبات دعواها
مرة ومرة كما في دعوى التطليق للشقاق .

وإذا أقامت الزوجة دعواها بالاعتراض على دعوة الزوج لها
بالعودة إلى منزل الزوجية ، لما ضمنتها من أسباب ، وعجزت
المحكمة عن إنهاء النزاع صلحا ، وطلبت الزوجة الطلاق ، فإنه على
المحكمة إتخاذ اجراءات التحكيم ، والمحكمة في هذه الحالة تلتزم
بالنتيجة التي ينتهي إليها التقرير ، فإن اتفق الحكمان التزمت

المحكمة بما انتهيا إليه ، وإن لم يتفقا بعثتهما مع ثالث ، فإذا
اتفق المحكمون ألزمت برأيهم ، وإن اختلفوا أو لم يقدموا تقريرهم
في الموعد المحدد ، وأصرت الزوجة على الطلاق قضت المحكمة بالتطليق
مع إسقاط حقوق الزوجة المالية كلها أو بعضها أو إلزامها بالتعويض
المناسب .

وعمل الحكيم في حالة التطليق عند نظر الاعتراض ، يختلف
عن عملها في حالة التطليق للشقاق ، في الحالة الأولى ما يتفق
عليه الحكمان أو المحكمون ملزم للمحكمة والعمل بغيره يبطل للحكم ،
فلا بد أن تنفذ المحكمة بتقرير الحكيم عند الاتفاق ، وهذا
ما قضت به محكمة النقض المصرية ، حيث قضت بأن طلب الزوجة
التطليق من خلال دعواها بالاعتراض على الطاعة ، ووجوب اتخاذ
إجراءات التحكيم فيه إذا عجزت المحكمة عن الإصلاح بين الزوجين ،
اتفاق الحكيم على التطليق ، موافاة وجوب القضاء بما قرأه دون
معارضة أو مناقضة ، ومخالفة ذلك خطأ .

أما في الحالة الثانية وهي التطليق للشقاق فإن التقرير المقدم
من الحكيم لا يلزم المحكمة بل يعتبر ورقة من أوراق الدعوى ودليلا
للاثبات فيها يخضع لتقدير المحكمة .

وتطليق القاض الزوجة على زوجها إذا طلبت التطليق أثناء نظر
دعوى الاعتراض على دعوى الزوج إياها العود قالى مسكن الزوجية .

هو طلاق بائن باعتباره طلاقاً للضرر ، ولصريح نص المادتين
 ١٠ و ١١ من الرسوم (١) بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعدل
 بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ .

(١) احمد ابراهيم ، واصل احمد ابراهيم : احكام الاحوال الشخصية
 طبع ١٩٩٤ - ص ٤٤٣ - ٤٤٧ .

المطلب الثاني

التطليق للغيبة وحبس الزوج

الحياة الزوجية تعنى الدفء والاستقرار وتعنى رب الاسرة ورعايته لها ، فلذا غاب الزوج بدون عذر ، أو ارتكب ما يوجب حبسه ، فإن استقرار الحياة الزوجية يتلاشى ، فالفراق ألم معنوى قد يهسون أمامه عدم الإنفاق ، والفرقة به ثابتة حتى لو كان للزوج مال ظاهر تنفق منه ، لأن مطالب الجسد متعددة ، ولا تنحصر في السكن والفداء والكساء ، وهى العناصر التقليدية للنفقة .

إن الطبيعة البشرية تجعل فراق الزوج لزوجته مدة طويلة أمر شديد الضرر بالغ الخطر ، أما ضرره فيتعلق بآثاره السلبية على الصحة النفسية ، وأما خطره فيكمن في أثره على الكيان الأخلاقى ، وهما انتبه إليهما عمر بن الخطاب الصحابى الجليل والخليفة الثانى ، فكان يأمر جنوده بزيارة زوجاتهم خلال زمن لا يجاوز مدة الايلاء ، وهو أربعة أشهر ، وفراق الزوج زوجته اختيارا كما في الغيبة ، واضطارا كما الحبس جعله القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ أحد اسباب التفريق القضائى بين الزوجين .

أولا : التفريق للغيبة :

في الفقه الاسلامى رأيان في إجازة التفريق للغيبة رأى يمتنع

ورأى يجيز .

١- الرأي الأول : ويقول به الأحناف والشافعية ، والشيعة الزيدية
والجعفرية ، وهو رأى يمنع أن تكون الغيبة سببا في التفريق
بين المرأة وزوجها ، وسواء في ذلك أن تكون الغيبة بعذر أو
بغير عذر ، وكان مذهب القضاة في مصر على هذا الرأى باعتباره
ملزما بأرجح الأقوال في مذهب أبى حنيفة حتى صدر القانون
رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ .

٢- الرأى الثانى : ويقول به المالكية والحنابلة على خلاف قسرى
التفاصيل وهذا يعطى المرأة حق طلب التفريق لغياب
الزوجين .

أ) رأى الحنابلة : يفرق الحنابلة بين الغيبة بعذر للتجارة
أو طلب العلم وبين الغيبة لغير عذر ، وجعلوا الغيبة
بغير عذر سببا في طلب التفريق من القاضى ، إذا كانت
غيبته ستة أشهر أو يزيد ، وأعلنه القاضى بالحضور إذا كان
معلوم المكان ويصل إليه الإعلان ، وإنما قيدت مدة الغيبة
عندهم بستة أشهر مما جاء في الأثر أن عمر بن الخطاب رضى
الله عنه استفسر من حفصة أم المؤمنين كم تصبر المرأة عمن
زوجها فقالت خمسة أشهر أو ستة أشهر .

ب) رأى المالكية : ذهب مالك إلى التفصيل - كما نقل الشيخ
زكريا البرد عنى - فإذا غاب الزوج غيبة تتضرر منها
المرأة سنة بناء على الرأى الراجح في المذهب ، سواء
كانت الغيبة بعذر أو بغير عذر ، وإنما أن يكون الزوج في مكان

يصل إليه الإعلان أرسل إليه القاضى بأن يحضر السيسى
البلد الذى تقيم فيه زوجته ، أو ينقلها إلى البلد التى
هو فيها ، وإلا طلق عليه ، أو ينقلها إلى البلد التى هو فيها ،
وإلا طلق عليه ، ويعطيه القاضى أجلا فإذا امتثل لطلب
القاضى بالحضور أو نقل زوجته فلا تطليق ، وإذا امتنع وانتهى
الأجل وأصر على المرأة على التطليق أجابها القاضى إلى دعائها ،
وحكم بالتطليق .

ولذا كان الزوج فى مكان مجهول أو لا يصل إليه الاعلان
فإن القاضى يطلقها دون إهمال ، لعدم جدوى التأخير ، وأساس
التفريق عند أصحاب هذا الرأي هو الضرر الذى يصيب الزوجية ،
ويجب على القاضى رفعه ، فلا ضرر ولا ضرار فى الإسلام .

والرأى الثانى هو ما أخذ عنه المشرع المصرى فى القانون رقم
٢٥ لسنة ١٩٢٩ ، فأختارولى الأمر من مذهب المالكية والحنابلة
ما يراه يحقق صلاح المجتمع ، ويوافق أحوال الناس ، ويحمى مقاصد
الشريعة . وذلك على النحو التالى :

- ١- النص التشريعى : جاء حكم التطليق للغيبة فى المواد من
١٢-١٣ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المادة (١٢) ،
إذا غاب الزوج سنة فأكثر بلا عذر مقبول جاز لزوجته أن تطلب إلى
القاضى تطليقها بائناً إذا تضررت من بعده عنها ولو كان له
مال تستطيع الإنفاق منه .

والضرر المشار إليه النص وإن كان يستوعب المعنى المصمَّم
للأضرار ٥ إلا أنه يختلف عن الضرر الواقع على الزوجة بسبب
إيذاء الزوج أو عدم إنفاقه عليها ٥ فالزوج لا يعذر عن إيذاء نفسه ٥
وقد يعذر عن إفساره بالنفقة ٥ ولكن الضرر الذي يوجب التفريق
للغيبه لا يتحقق إلا إذا كانت الغيبه بلا عذر مقبول ٥

المادة (١٣) فإذا أمكن وصول الرسائل إلى الغائب ضرب له
القاضي أجلا وأعذر إليه بأنه يطلقها عليه إن لم يحضر للاقامة
معها أو ينقلها إليه أو يطلقها ٥ فإذا انقضى الأجل ولم يفعل
ولم يبد عذرا مقبولا فرق القاضي بينهما بتطبيقه بائنة ٥
وإن لم يمكن وصول الرسائل إلى الغائب طلقها القاضي عليه
بلا عذار وضرب أجل ٥

ومفهوم الغيبه في حكم هاتين المادتين يعني انتقال الزوج إلى
بلد غير بلده ٥ وإقامته فيه ٥ أو رحيله إلى مكان مجهول ٥ أما
إقامته في بلده مع تركه لمنزل الزوجية فلا تعد غيبه تنطبق عليها احكام
المادتين ١٢ - ١٣ ٥ بل هي هجر يمكن على أساسه طلب
التفريق للإيذاء طبقا لنص المادة السادسة من القانون ٥ فكل غيبه
أضرار ٥ وليس كل أضرار غيبه ٥ فقد يأتي الأضرار في صورة عسدم
الإنفاق والشقاق ٥ أو الزواج بأخرى ٥ أو الغيبه بغير عذر مقبول ٥

وواضح من استعراض أحكام هاتين المادتين أنهما تلفيق من المذهبين المالكي والحنبلي ، فقد أخذ القانون برأى المالكية في مدق الغيبة ، وبرأى الحنابلة في اشتراط أن تكون الغيبة بغير عذر حتى تكون سببا للتفريق هذا بالنسبة للمادة ١٢ من القانون أما المادة ١٣ فقد استمدت جميعها من المذهبين المالكي والحنبلي لا تفاهما على حكمها .

٢- فقه النص : الغائب بمقتضى هذا النص من تطول غيبته لاكثر من عام ، فالغياب دون السنة لا يعد به الزوج غائبا فليس مفهوم المادة .

والغائب نوعان بمقتضى هذه المواد أيضا هما :
أ- غائب معلوم الإقامة ، ويمكن وصول الرسائل إليه ، وهذا الغائب يضرب له القاضى أجلا ، ويعلمه بثلاثة خيارات هي :
أن يحضر للإقامة مع زوجته ، أو أن ينقلها إليه حيث يقيم ، أو أن يطلقها .

فإذا اختار أحدها فلا يطلق القاضى عليه ، وإذا امتنع عن الاختيار ولم يرد خلال الأجل الذى حدد له طلق القاضى عليه بعد أن يتحقق من وصول الاعلان إليه . ولا يجوز التطليق بغير الكتابة إلى الغائب وانتظار مدق الإمهال ولا وقع الحكم باطلا . والكتابة إلى الغائب التى يعتد بها فى حكم هذه المواد هى التى تتم من القاضى ، أما المراسلات بينه وبين زوجته ، أو من أهله وأصدقائه فليست من الإمهال القانونى فى شئ ولا يترتب عليها أى أثر .

(ب) غائب مجهول الإقامة : ويلحق به من يستحيل وصول الرسائل إليه ، وفي هذه الحالة يطلق عليه القاضي دون إهمال ، فلا فائدة من ضرب الأجل ، والامتناع عن التطلاق فورا ، هو ضرب من الاضرار بالزوجة ، ومهمة القاضي رفع التعبدى وازالة الضرر .

وحتى يصح التطلاق لغيب الزوج طبقا لما نص عليه القانون لابد من توافر الشروط الآتية :

(أ) أن يغيب الزوج في بلد غير الذي ثقت فيه الزوجة ، ويستسوى في ذلك البلد القريب والبلد البعيد ، أما الغيبة من بينت الزوجية مع الإقامة في نفس البلد ، فهي غيبة لا تدخل في مفهوم النص ، ويرفض طلب التطلاق للغيب بها ، فهن هجر تناوله مواد التطلاق للابناء والشقاق .

(ب) أن تكون الغيبة سنة فأكثر ، ولا تغفل دعوى التطلاق للغيبة قبل مضي هذه المدة ، والسنة المقصودة في هذه المادة هي السنة الشمسية وعدد أيامها ٣٦٥ يوما ، طبقا لنص المادة ٢٢ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ .

ومضى السنة لإجراء جوهري لقبول الدعوى ، وإغفاله يؤدي إلى بطلان الحكم .

(ج) أن يكون الغياب بعذر مقبول ، فإما كان بعذر شرعي ، كالسفر لطلب العلم ، أو الغيبة للتجارة فلا يبرر التطلاق ، ولم يحدد الفقهاء الاعذار الشرعية على سبيل الحصر ، فتقدير العذر موكل إلى قاضي الموضوع ، ولا رقابة عليه ممن

محكمة القانون — محكمة النقض — طالما كان تقديره سائغا .

د أن تنحصر الزوجة من الغيبة فتطلب التطلق ، ذلك لأن الضرر هو سبب الدعوى فلا بد من ثبوته ، ولأن التطلق حق للزوجة فلا بد من طلبه فلا يقضى به القاضي من تلقا نفسه .

واختلف في غيبة الأسير والمعتقل هل تعد غيبة في مفهوم هذا النص وبالتالي يحكم بالتطلق إذا توافرت شروطه ، بهذا قال البعض ولم يفرق بين الغيبة الاختيارية والغيبة القهرية ، فأسير الحرب والمعتقل لأسباب تتعلق بخطورته كلاهما — عند أصحاب هذا الرأي — يأخذ حكم الغائب إذا امتد أسره أو اعتقاله سنة فأكثر ، لأن المناط في ذلك تضرر الزوجة من بعد زوجها عنها ولا دخل في ذلك يكون البعد باختياره أو قهراً عنه .

ومع تقديرنا لدوافع هذا الرأي ، إلا أن النص لا يساعد عليه ، والرأي عندى أن النص بمفهومه ومنطوقه يتحدث عن الغيبة الاختيارية ، ويجعلها موجبا لطلب التطلق إذا كانت بغير عذر يقبله القاضي ، فمناطها قصد الأضرار لا محض الأضرار ولا دخل للزوجة في تقدير العذر بل هو ما يستقل قاضي الموضوع بتقديره . وقد أحسن — مشروع قانون الأحوال الشخصية لجمع البحوث الإسلامية — صنعا بالنص في المادة ١٢٢ منه بأن الأسير والمعتقل كالغائب بعذر لا يجوز لزوجة كل منهما طلبا التفريق .

ذلك أنه لا يمكن التسوية في الحكم بين الأسير الذي ألقي به إلى هذا المصير دفاعه عن وطنه ، وجهاده في سبيل بلاده ، وبين المسافر بلا عذر استهتارا بحقوق الزوجات وانكاراً لها .

أما المعتقل فقد أحسن المشرع صنعا في هذا المشرع بالحاقه بالغائب بعذر مقبول ، لأن الاعتقال أصبح من التدابير التي يسرف الأمان الجنائي والسياسي في استخدامها ، خاصة في ظل قوانين الطوارئ ، فجعلها ذريعة للتطبيق إجحافا بحق الزوج ، وقد يقضى إلى سوء استعمالها من أطراف كثيرة ، ولا تكفى مجرد الرقابة القضائية على استخدام هذه التدابير ، بل لابد من استبعادها من نطاق مفهوم الغيبة التي تجيز طلب التطلاق بها .

والتطلاق الذي يحكم به القاض للغيبة يقع طلاقاً بائناً حتى لو طلبت الزوجة في دعواها فرقة رجعية ، لأن القاض يملك بوصف البينة فلا يتعداه إلى غيره ، خاصة وأن وصف الطلاق من عمل الشارع فلا يعتد فيه بإرادة الزوجين أو أحدهما ، وقد صرححت المادة (١٢) من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٩ بأن تطبيق القاض في هذه الحالة يقع بائناً .

وعلى إثبات الضرر الموجب للتفريق بالغيبة يقع على عاتق الزوج ، ويكفي أن تقوم بإثبات وجود الضرر ، وليس عليها عبء إثباته ، وفقد يكون إجماعها بعدم الأمن لغيبة الزوج هو ضمن الضرر ، فالضمون يتسع لكل ما يمثل إضراراً بالزوجة ولا تـسـرى

التضييق على الزوجة في مجال الاثبات ، وحسبها أن المشرع قد قيد ، بالغيبة بلا عذر ، وبأن دعاها لا تقبل إلا بعد مضي عام فأكثر من تاريخ غيبة الزوج .

ثانيا : التطليق لحبس الزوج :

الزوج بشر يصيب ويخطئ ، ومن الأزواج العاصي والمطيع ، والزوج العاصي الذي يرتكب الجريمة ويعاقب عليها ، لا ينبغي أن تضار زوجته بجرائمه ، خاصة وأن من العقوبات ما يرغم الزوجة على انتظار زوجها السنين الطوال ، وذلك لإضرار بالزوجة ينافي مع مقاصد التشريع ، ويوقعها والمجتمع كله في حرج شديد . والفقهاء يختلفون في جواز التطليق بسبب الحبس ، فالأحناف لا يجيزون الحبس سببا للتطليق ، وفقههم في الأخذ به إذا متناشق ، لأنهم لا يرون الغيبة سببا للتفريق سواء بعذر أو لغيره عذر .

أما الخنابلة فالراجح عندهم عدم التفريق بين الرجل وزوجته بسبب الحبس ، لأن الغيبة فيه بعذر ولن كان العذر في ذاته غير مشروع .

ويذهب الإمام ابن تيمية في فتاويه إلى أن القول في امرأة الأسير والمحبوس ونحوهما ممن يتعذر انتفاع امرأته به ، إذا طلبت فرقة ، كالقول في امرأة المفقود ، فهو يترك لك يقترب من الفقه الهالكين .

أما الملكية فهم يجيزون التفريق بين الزوج وزوجته بسبب حبس الزوج ، لأنهم يعتبرون مطلق الغيبة بعذر أو بغير عذر سببا يجيز للزوجة طلب التطلق ، والملكية في هذا أيضا مذهبهم متناسق لأنهم يرون أن مناط التطلق للغيبة وعلّة التفريق بهما ، هو الضرر الذي قد يصيب الزوجة وهو متحقق سواء كانت الفرقة بعذر أو بغير عذر ، والتطلق للحبس عند الملكية يقع بائنا ، وهو ما أخذ به القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ وقد عدل به المشرع عما كان معمولاً به في القضاء المصري من أرجح الأقوال في مذهب أبي حنيفة والتي لا تجيز التفريق بين الزوجين لحبس الزوج .

١- النص التشريعي : جاءت بهذا التعديل المادة ١٤ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ونصها ما يلي :

مادة (١٤) : لزوجا المحبوس المحكوم عليه نهائيا بعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاث سنين فأكثر أن تطلب إلى القاضي بعد مضي سنة من حبسه - التطلق عليه بائنا للضرر ولو كان له مال تستطيع الاتفاق منه .

فمجال تطبيق النص ينحصر في المحبوسين المحكوم عليهم بعقوبة مقيدة للحرية وهي الحبس ، والسجن ، الأشغال الشاقة المؤبدة والمؤقتة ، أما حيث يكون الحكم بالغرامة أي بعقوبة مالية فلا مجال لتطبيق النص ، ولا مجال لتطبيقه أيضا لم كانت العقوبة هي الأعدام ، وهذه ثغرة في النص لأن الحكم بالأعدام عقوبة سالبة للحياة ، ولكن إجراءات تنفيذها

قد تستغرق أعواماً فها هو السبيل لفهم عرى الزوجية؟
لا يوجد حل في نص المادة (١٤) من القانون والأجدر
أن يتدخل المشرع لحسم المشكلة بنص تشريعي.

٢- فقه النص :

اعتد المشرع في نص المادة (١٤) بالغياب الفعلي،
وليس على الزوجة إلا إثبات واقعة الحبس، وأنها بناءً على حكم
نهائي مدته ثلاث سنين فأكثر، وليس عليها إثبات الضرر فالضرر
هنا مفترض، حتى لو كان للمحبوس مال تستطيع الزوجة الانفاق
منه.

والمحبس حالة غياب فعلي، والأعم الأغلب أن يكون المحبوس
قد حوكم في وطنه، وحبسه تم داخل إقليم الدولة التي ينتمى
إليها، وليس ذلك بشرط، فيستحق الحبس في حكم المادة (١٤)
من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٩، حتى لو حوكم الزوج خيارج
وطنه، وحبس في إقليم دولة أخرى، ويكفي العلم بحبسه ولا يشترط
لتطبيق نص المادة (١٤) أن يكون مكان الحبس معالماً للزوجية
كما لا يشترط أن يكون الحبس في البلد التي فيها بيت الزوجية
أو خارجها.

والحبس المقصود في نص المادة (١٤) ليس بقوة الحبس
بالمعنى التقني الدقيق في القانون الجنائي، بل كل المقويات

المقيدة للحرية • ولفظ المحبوس الوارد في نص المادة ١٤ يقصد به الشخص الذي يتم تنفيذ العقوبة عليه وليس العقوبة ذاتها •

شروط التطبيق للحبس:

نص المادة (١٤) وضع عدد من الشروط ينبغي توافرها في الحبس حتى يكون سببا لتطبيق التطبيق • وهذه الشروط هي (أ) أن تكون العقوبة مقيدة للحرية ، فالعقوبات السالبة للحياسة ، والعقوبات المالية ، لا تجيز لتطبيق لهذا السبب ، وتسأل الفقهاء عن الاعتقال هل يقاس على الحبس ويعتبر مثله سببا للتفريق وينفس شروطه ؟ أم أنه لأجتهاد في موضع النص ، فلا يعتبر الاعتقال حبا في نص المادة (١٤) من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٩ ؟

الرأي عندى أن الاعتقال غير الحبس ، فالحبس دائماً وإن كان عذرا للغياب فهو في كل الأحوال عذر غير مشروع ، أما الاعتقال فهو اجراء وقائي ، لا يحكم به القاضي ، بسبل هو من صميم اختصاص سلطات الأمن ، وبينما يكون الحبس دائما سليما بحيازتنا لحجية القانونية ، فإن الاعتقال قد يكون بتعسف ، وقد يكون لغير سبب ، وهو ليس المعنى الذي أراده المشرع للحبس ، ولو كان يريد الصرح به •

بل إن إبداع الشخص في مكان أمين وفقا لما تقتضيه حكمة القيم ، لا يعد من الحبس الذي جعله المشرع سببا للتطبيق •

(ب) أن يصدر بالعقوبة حكم نهائي : ويعتبر الحكم نهائياً إذا حاز حجية تحول دون نظر الدعوى من جديد ، ويكون ذلك في الأحوال التالية :

— إذا لم يكن الحكم قابلاً للطعن بسبب طبيعته .

— إذا كان قد استنفذ كل طرق الطعن فيه الجائزة قانوناً .

— إذا كانت المواعيد المقررة للطعن دون الطعن فيه .

(ج) أن تكون مدة العقوبة المقضى بها ثلاث سنوات فأكثر ، وفي حالة تعدد العقوبات بحيث يصبح مجموعها ثلاث سنوات فأكثره مع وحدة الحبس وتعدد الجرائم ، فالرأى عندى أن التطبيق يجوز في هذه الحالة ، أما إذا كانت مدة العقوبات أقل من ثلاث سنوات ، وتم تنفيذها متفرقة فلا يثبت للمرأة حق التفريق في هذه الحالة .

(د) أن ينفذ الحكم على الزوج ، وتضي سنة على الأقل من تاريخ تنفيذ الحبس ، قبل رفع دعوى التطلق ، والرأى عندى أن السنة التي اشترطتها المادة رقم (١٤) تبدأ من تاريخ حبس الزوج ، وليس من تاريخ النطق بالحكم ، مما يجعل مدة الحبس احتياطية داخلية في السنة ، خاصة وأنها تخص من مدة العقوبة المحكوم بها طبقاً لقانون الإجراءات الجنائية ، والقول بغير ذلك يطيل على المرأة المدة التي تستطيع خلالها برفع دعوى التطلق ، وهي إطالة تضر المرأة ، وتفتقر إلى السند القانوني .

فإذا تم الافراج عن الزوج قبل مضي السنة فإن الزوجة لا تملك رفع الدعوى للتطليق بسبب حبس الزوج ، لتخلف أحد شروطها .
 وإذا تم الافراج عن الزوج بعد مضي السنة وبعد رفع الدعوى ، فالرأى عندى أن الافراج عن الزوج المحبوس فى هذه الحالة لا يمنع من استمرار السير فى الدعوى والقضاء فيها بالتطليق ولذا لنسب المادة ١٤ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ .

أما إذا صدر عقوبت عن الزوج المحبوس ، سواء كان عفواً عن العقوبة ، أو عفواً شاملاً ، فالرأى عندى أن يحكم القاضى برفض الدعوى ، لئلا يسببها وهو العقوبة السالبة للحرية ، والرأى هنا يختلف عن موقفنا من الافراج قبل انقضاء مدة العقاب ، لأن العفو يزيل العقوبة ، أما الافراج فهو يوقف الاستمرار فى تنفيذها بحسب ، حتى ولو لم يكن معلقاً على شرط .

والطلاق الذى يوقعه القاضى بناءً على حبس الزوج طلاقاً بائناً بصریح نص القانون ، وقد اختار المشرع السورى أن يكون الطلاق رجعياً ، وهو ما أيدته جانب من الفقه ، بدعوى أن تضرر الزوجة من حبس زوجها يرتفع بعودته ، فإذا أفرج عليه قبل انتهاء العدة فمن الأوفق أن يكون له الحق فى مراجعتها .

والرأى عندى أن ما اختاره التشريع المصرى للأحوال الشخصية هو الأوفق للمجتمع ، والأعبق فقهاً ، والأرفق بالزوجة ، فالمحبوس ليس جديراً بعطف المشرع ورحمته ، كما أن الحبس ينم فى الغالب

الأهم عن شخصية سيئة السلوك ، وقد تجد المرأة فرصتها في فراق رجل سيء عند حبسه ، والطلاق الرجعي يحول دون تحقيق هذه الغاية .

وقد اخذ القانون العراقي بما أخذ به القانون المصري ، واعتبر التطليق الواقع بحبس الزوج طلاقاً بائناً ، ومن الجدير بالذكر أن القانون العراقي للأحوال الشخصية جاء بحكم جديد في التفريق القضائي بين الزوجين وهو تأخر الزوج عن طلب زوجته للزفاف فنصت المادة (٤٣) والتي تعدد أسباب طلب الزوجة للتفريق نصت في فقرتها الثالثة على ما يلي :

" إذا لم يطلب الزوج زوجته غير المدخول بها للزفاف خلال سنتين من تاريخ العقد ، ولا يعتمد بطلب الزوج زفاف زوجته إذا لم يكن قد أوفى لها بحقوقها الزوجية " .

هذا ولم ينص القانون التونسي على أسباب التفريق القضائي بين الزوجين ، لأنه جعل الطلاق كله بيد القاضي ، ونصت موادته على ما يلي :

مادة (٣٠) لا يقع الطلاق إلا لدى القاضي .

مادة (٣١) يحكم بالطلاق :

بناءً على طلب من الزوج أو الزوجة للأسباب المبينة في هذه

المجلة .

— يتراعى الطرفين .

وقد وردت أحكام التطلاق لحبس الزوج في مشروع قانون الأحوال الشخصية الذي وافق عليه مجمع البحوث الإسلامية ، وهي أحكام لا تختلف عما نص عليه القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ .

وقد نصت المادة ١٢٠ من مشروع قانون العريس الموحد للأحوال الشخصية على الطلاق لحبس الزوج ونصها ما يلي " لزوجة المحكوم عليه نهائياً بعقوبة الحبس مدة لا تقل عن ثلاث سنوات طلب التطلاق ، ولا يحكم لها بذلك إلا إذا مضى على حبسه مدة لا تقل عن سنة " . وإذا كان لنا من تعقيب أخير على أحكام القانون المتعلقة بالتطلاق لحبس الزوج ، أنها لم تعالج حالة المحكوم عليه الهرب ، سواء كان هروبه قبل تنفيذ الحكم ، أو بعد البدء في تنفيذه ، فطبقاً لشروط المادة ١٤ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ، فإن زوجة الهارب لا يمكنها رفع دعوى التطلاق إلا إذا جاء هروب المحكوم عليه بعد مضى السنة ، أما إذا هرب بعد الحكم وقبل البدء في التنفيذ ، أو بعد تنفيذ مدة من العقوبة تقل عن سنة ، فالزوجة لا تجد طريقاً للتطلاق لحبس الزوج ، ولا تستطيع المطالبة بالتفريق إلا بناءً على أسباب أخرى .

والرأي عندى أن الهروب بعد بدء التنفيذ ولو قبل مضى السنة يعطى زوجة المحبوس الهارب حق رفع دعوى التطلاق بعد مضى السنة حتى لو لم يقبض عليها المحبوس الهارب ، ونفس الحكم ينطبق على المحكوم عليها الهارب بعد صدور الحكم وقبل بدء التنفيذ . أما الزوج الهارب قبل صدور الحكم فلا تستطيع الزوجة رفع دعوى

التطليق لحبس الزوج ، ولكنها تطالب به بناءً على الغيبة إذا توافرت شروطها . وفي كل الأحوال لا يعتبر هروب السجين قاطعاً لمسدة السنة ، فعند القبض عليه ، تحتسب من السنة المدة التي قضاها من العقوبة بالإضافة إلى مدة هروبه فلا تبدأ بالقبض عليه مدة جديدة .

وفي ختام هذا الفصل نورد أهم الأحكام الجديدة التي جاءت بها تعديلات القانون العراقي للأحوال الشخصية حتى نتبين مدى التطور الذي يحدث في مجال الطلاق بوجه خاصه والتطليق بوجه عام ، وحتى يستفيد من ذلك المشرع المصري وهو يحاول إصدار تشريع عام للأحوال الشخصية في مصر .
أهم المبادئ الجديدة في القانون العراقي .

- ١- اعتبار إكراه أى شخص ذكر كان أو أنثى على الزواج ، دون رضا ، جريمة ، واعتبار " النهوة " أى منع لشخص من الزواج جريمة .
- ٢- عقاب من يجرى زواجه خارج المحكمة واعتبار ذلك جريمة .
- ٣- جواز التفريق إذا كان عقد الزواج قد تم قبل إكمال الزوجيين الثامنة عشرة دون موافقة القاضي .
- ٤- جواز التفريق إذا كان الزواج قد جرى خارج المحكمة ، وتسم الدخول .
- ٥- اعتبار عقد الزواج الواقع بالإكراه باطلاً إذا لم يتم الدخول .

٦- للزوجة طلب التفريق إذا تزوج الزوج عليها دون إذن المحكمة .

٧- اعتبار عدم طلب الزفاف بالزوجة غير المدخول بها سبباً

من أسباب التفريق .

٨- اعتبار عقم الزوج سبباً يسمح للزوجة طلب التفريق ، بشرط

ألا يكون لها ولد منه على قيد الحياة .

٩- اعتبار اجتماع الزوج عن تسديد النفقات المتراكمة سبباً في

التفريق .

١٠- تخويل الزوجة غير المدخول بها حق طلب التفريق ولو لم يبر

سبب ، على أن تعيد للزوج ما اكبد من أموال ونفقات

لأغراض الزواج .

المحتوى :

١	مقدمة
٤	الفصل الاول : المبادئ العامة في الفرقة
٤	البحث الاول : خصائص الطلاق
٢١	البحث الثاني : ادلة مشروعيته
٣٢	البحث الثالث : مصطلحات الفرقة
٤٤	الفصل الثاني : الفرقة الارادية
٤٧	البحث الاول : ما يقع منه وعليه الطلاق
٦٢	البحث الثاني : ما يقع به الطلاق
٧٣	البحث الثالث : انواع الطلاق
١٠٣	الفصل الثالث : الفرقة اللاارادية
١٠٤	البحث الاول : التفريق لعدم الانفاق
١١٧	البحث الثاني : التفريق للميـسـوب
١٢٩	البحث الثالث : التفريق للاضرار

التركي

للكمبيوتر وطباعة الأوفست - طنطا